Die Veräußerung und Übergabe stehender Bäume in ihrer Einwirkung auf den Feuerversicherungsanspruch.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Walter Lorenz

Referendar.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1912.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Herbert Meyer.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Meinen Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

I. Literatur zum römischen Recht und Bürgerlichen Gesetzbuch.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 13. Aufl. 1886.

Bartels, Ausführungen zur Besitzlehre im Bürgerlichen Gesetzbuch. In Gruchots Beiträgen Bd. 42.

Bekker, Das Recht des Besitzes. 1880.

Bendix, Das deutsche bürgerliche Recht auf der Grundlage des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. 1904.

Biermann, Traditio ficta. Ein Beitrag zum heutigen Zivilrecht auf geschichtlicher Grundlage. 1891.

Biermann, Superficies solo cedit. In Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 34 Nr. 4.

Binding, Über Besitz und Verjährung verbundener Sachen. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 27.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl. 1873—1882.

Corpus iuris civilis ed. Krüger et Mommsen.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 4. Aufl. 1904.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2 1902 und Bd. 3 1905.

Dernburg, Pandekten. Bd. 1. 7. Aufl. 1902.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 2,2 3. Aufl. 1906, Bd. 3 4. Aufl. 1908.

Eccius, Zur Frage der Dinglichkeit der Miete und Pacht. In Gruchots Beiträgen Bd. 46.

Eck, Besitz. In Holtzendorffs Enzyklopädie Teil 2 (Rechtslexikon) Bd. 1 3. Aufl. 1880.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1 und 2. 1. u. 2. Aufl. 1903 u. 1904.

Eisele, Zivilistische Kleinigkeiten. In Jherings Jahrbüchern Bd. 24.

Eisele, Über Teilung beweglicher Sachen. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 84.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1 9. Aufl. 1908, Bd. 2 8. u. 9. Aufl. 1905.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. Bd. 1, 1 1909, Bd. 1, 2 1910, Bd. 2, 1 1910.

Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands. 5. Aufl. 1909.

Entscheidungen der Oberlandesgerichte. Bd. 3 u. 5.

Entscheidungen des Reichsgerichts. Bd. 54, 59, 70.

Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Recht. 1867.

Fuchs, Probleme des Sachenrechts. In Gruchots Beiträgen Bd. 46.

Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 8. Aufl. 1909.

Geismar, Besitz- und Eigentumsübergang nach römischem und französischem Recht im Vergleich mit dem System des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Puchelts Zeitschrift für deutsches bürgerliches Recht und französisches Zivilrecht Bd. 35.

Gesterding, Lehre vom Eigentum und solchen Rechten, die ihm gleichkommen, besonders nach Grundsätzen des römischen Rechts. 1817.

Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien. Nr. XIII, 6: Über die vermeintliche Möglichkeit, Bäume auf dem Stamm zu überliefern. 1826.

Girard, Geschichte und System des römischen Rechts, übersetzt von Robert v. Mayr. 1908.

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten, nach Hellfeld ein Kommentar. Bd. 8. 1807.

Hackfeld-Pflüger, Über Besitz und Ersitzung von Teilen einer Sache. Straßburger Diss. 1886.

Hölder, Über l. 30 § 1 D. de usurp. et usuc. 41, 3. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 61.

Holzschuher-Kuntze, Theorie und Kasuistik des gemeinen Zivilrechts. Bd. 2 u. 3. 3. Aufl. 1864.

v. Ihering, Über den Grund des Besitzschutzes. 2. Aufl. 1869.

v. Ihering, Der Besitz. In Iherings Jahrb. Bd. 32 Nr. 1.

Juristische Wochenschrift. 1905.

Kindel, Die Grundlagen des römischen Besitzrechts. 1883.

Kohler, Das Signieren als Besitzergreifungsakt. In Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart Bd. 12.

Kohler, Zur Lehre von den Pertinenzen. In Iherings Jahrbüchern Bd. 26 Nr. 1.

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch von Reichsgerichtsräten. 1910.

Kniep, Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuchs gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht. 1900.

Kreß, Besitz und Recht. 1909.

Kuhlenbeck, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1 u. 2. 2. Aufl. 1903.

Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. 1904.

v. Liszt, Deliktsobligationen im System der Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1898.

Madai, Beitrag zur Erläuterung der l. 30 § 1 D. de usurp. et usuc. 41, 3. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 25.

Maenner, Das Sachenrecht. 2. Aufl. 1906.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1 u. 2. 1899.

Meischeider, Besitz und Besitzesschutz. 1876.

Meyer, Herbert, Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht. 1909.

Miersch, Der sogen. symbolische Rechtserwerb des gemeinen Rechts in seinem Verhältnis zum natürlichen. Greifswalder Diss. 1896.

Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3.

v. Nettelbladt, Rechtssprüche des OAG. zu Parchim. Bd. 1. 1818.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. 5. Aufl. 1909.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1906.

Paech, Bestandteil und Zubehör. Berliner Diss. 1900.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1—3. 3. Aufl. 1903—1907.

Puchta, Pandekten. 11. Aufl. 1872.

Randa, Der Besitz nach österreichischem Recht mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts, des preußischen, französischen und italienischen, des sächsischen und züricherischen Gesetzbuches. 4. Aufl. 1895.

Regelsberger, Pandekten. Bd. 1. 1893.

Rotering, Aus der Lehre vom Besitz. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 27 Nr. 2.

Santz, Bestandteil einer Sache und Zubehör nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch. Freiburger Diss. 1902.

v. Savigny, Das Recht des Besitzes. 7. Aufl. 1865.

Scheurl, Weitere Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts. Heft 2: Zur Lehre vom römischen Besitzrecht. 1886.

Sintenis, Zivilrecht. Bd. 1.

Sintenis, Über Besitz und Ersitzung verbundener Sachen. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 20.

Sokolowski, Der Besitz im klassischen Recht und dem deutschen bürgerlichen Gesetz. 1907.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 5./6. Aufl. Bd. 2, 2 1911, Bd. 3 1910.

Stephan, Zur Lehre von der Ersitzung. II: Zur Erklärung der l. 30 § 1 D. 41, 3. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 31.

Strohal, Der Sachbesitz. In Iherings Jahrbüchern Bd. 38.

Unterholzner, Ausführliche Entwicklung der gesamten Verjährungslehre aus dem gemeinen in Deutschland geltenden Recht. 2. Aufl. 1858.

Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl. Bd. 1 1863, Bd. 3 1869.

Weiske, Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten, enthaltend die gesamte Rechtswissenschaft. Bd. 2. 1840.

Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1 u. 2. 9. Aufl. 1906.

II. Literatur zum älteren deutschen Recht.

Albrecht, Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts. 1828.

Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts. Abt. 1. 1873.

Biermann, Superficies solo cedit. In Iherings Jahrbüchern Bd. 34 Nr. 4.

Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. 3. Aufl. 1908.

Dernburg, Preußisches Privatrecht. 5. Aufl. 1894.

Edictus ceteraeque Langobardorum leges, ed. Bluhme 1869.

Entscheidungen des Kgl. Obertribunals. Bd. 11 u. 62.

Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts. Bd. 1—3. 6. Aufl. 1892.

Frankfurter Reformation von 1578.

Gengler, Deutsche Stadtrechtsaltertümer. 1882.

O. Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 2: Sachenrecht. 1905.

O. Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1897.

Goslarer Statuten, herausgegeben Dr. O. Göschen. 1840.

Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. Bd. 1 1885, Bd. 2 1886.

Huber, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht. 1894.

Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts. 1908.

C. F. Koch, Kommentar zum allgem. Landrecht. Bd. 1 8. Aufl. 1884, Bd. 3 6. Aufl. 1879.

Kraut, Grundriß zu Vorlesungen über das deutsche Privatrecht. 6. Aufl. 1886.

Lappenberg, Die ältesten Schiff-, Stadt- und Landrechte Hamburgs.
Lex Salica, herausgegeben von Behrend. 1874.
Lörsch-Schröder, Urkunden zur Geschichte des deutschen Privatrechts. 2. Aufl. 1881.
Magdeburger Fragen, herausgegeben von Behrend. 1865.
Meyer, Herbert, Die rechtliche Natur der nur scheinbaren Bestandteile eines Grundstücks. In der Festgabe für Felix Dahn Bd. 3 1905.
Meyer, Herbert, Entwerung und Eigentum im deutschen Fahrnisrecht. 1902.
Richthofen, Friesische Rechtsquellen. 1840.
v. Rönne, Ergänzungen und Erläuterungen des allgem. Landrechts. Bd. 1. 1885.
Sachsenspiegel (Landrecht), herausgegeben von Weiske. 9. Aufl. 1911.
Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. 5. Aufl. 1907.
Schwabenspiegel (Landrecht), herausgegeben von Laßberg. 1840.
Stein, Abhandlung des Lübischen Rechts. Teil 3. 1745.
Stobbe, Beiträge zur Geschichte des deutschen Rechts: Zur Lehre von den Verwendungen auf eine fremde Sache und den Erwerb der Früchte. 1865.
Striethorsts Archiv. Bd. 9, 12, 17, 56, 65.
Wasserschleben, Sammlung deutscher Rechtsquellen. Bd. 1. 1860.

III. Literatur zum Versicherungsrecht.

Best, Gesetz über den Versicherungsvertrag. 1908. (Komm.)
Burchard, Der Einfluß der Veräußerung einer versicherten Sache auf das bestehende Versicherungsverhältnis. In der Leipziger Zeitschrift (L. Z.) 1911.
Dernburg-Kohler, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 2. 1910.
Ehrenberg, Versicherungsrecht. Bd. 1. 1893.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Bd. 5.
Entscheidungen des Reichsgerichts. Bd. 5, 13, 23, 35, 55.

Gerhard, Kommentar zum Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag. 1908.

J. Gierke, Die Versicherungsforderung bei Veräußerung der versicherten Sache. 1899.

Gugel, Das Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag. 1909. (Komm.)

Hager u. **Bruck**, Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz. 1910.

Josef, Das Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag. 1908. (Komm.)

Josef, Zum Begriff der Veräußerung der versicherten Sache (§ 69 VVG.). In der Leipziger Zeitschrift 1911.

v. Knebel-Döberitz, Das Feuerversicherungswesen in Preußen. 1903.

Kuhfahl u. **Sauer**, Gesetz über den Versicherungsvertrag. Handausgabe. 1908.

Lewis, Lehrbuch des Versicherungsrechts. 1889.

Maier, Versicherungsvertragsrecht. 1911.

Malß in der Zeitschrift für das Handelsrecht Bd. 8 S. 371 ff.

Manes, Versicherungswesen. 1905.

Seufferts Archiv. Bd. 43, 45, 46.

Schneider, Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz. 1908.

Zehnter, Das Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag. 1908. (Komm.)

Einleitung.

§ 1.

Von der Veräußerung und Übergabe stehender Bäume in ihrer Einwirkung auf den Feuerversicherungsanspruch soll im folgenden die Rede sein. Eine solche Veräußerung von Bäumen auf dem Stamm kommt besonders in größeren Forstbetrieben aus Bequemlichkeitsrücksichten sehr häufig vor, weil dann in der Regel die Käufer sich verpflichten müssen, die Bäume selbst fällen und abfahren zu lassen. Zum Zeichen der erfolgten Übergabe aber werden die verkauften Bäume mit dem Waldhammer angeschlagen, oft auch noch mit der Vereinbarung, daß mit der Zeichnung Besitz und Eigentum auf den Käufer übergehen solle. Diese Möglichkeit der Übergabe stehender Bäume ist in der gemeinrechtlichen Literatur sowohl wie auch in der neueren wiederholt Gegenstand der Erörterung gewesen. Hier nun soll dieses Problem unter dem wesentlich neuen Gesichtspunkt betrachtet werden, welche Wirkung der Veräußerung und Signierung beizumessen ist, wenn das betreffende Grundstück gegen Waldbrand versichert ist. Die Frage dürfte von um so größerem Interesse sein, als einerseits eine derartige Veräußerung im praktischen Leben verhältnismäßig oft vorkommt,

andererseits gerade das Versicherungsrecht ein noch sehr junger Zweig der Rechtswissenschaft ist, so daß noch manche Ungewißheit zu beseitigen, manche Streitfrage zu entscheiden ist.

Um das hier aufgeworfene Problem zu lösen, ist es naturgemäß vor allem erforderlich, Klarheit darüber zu gewinnen, inwieweit eine Übergabe stehender Bäume überhaupt möglich ist. Es wird daher zunächst zu prüfen sein, welche Bedeutung der Signierung der Bäume beizumessen ist, wobei auf die von der gemeinrechtlichen Literatur und Praxis aus einigen scheinbar dafür sprechenden Stellen des corpus iuris civilis hergeleitete Lehre von der symbolischen Tradition näher eingegangen werden soll. Wir werden sehen, daß es eine symbolische Traditon überhaupt nicht gibt, daß diese Lehre vielmehr nur dadurch entstehen konnte, daß man sich über das Wesen des Besitzes nicht klar war, und daß es lediglich auf die tatsächlichen Umstände ankommt, ob von einer Tradition die Rede sein kann oder nicht. Hieraus ergibt sich dann ohne weiteres die fernere Frage, ob und inwieweit Besitz und Eigentum an stehenden Bäumen oder, um es allgemeiner auszusprechen, an wesentlichen Bestandteilen einer Sache möglich ist. Diese Frage soll daher in den folgenden Paragraphen in ihrer historischen Entwicklung nach römischem, älterem deutschen und modernem Recht behandelt werden. Erst wenn wir hierüber Klarheit gewonnen haben kann in dem zweiten Teil dieser Abhandlung dazu geschritten werden, die Folgen der Veräußerung für den

Feuerversicherungsanspruch zu prüfen. Hierbei wird es darauf ankommen, nach Erörterung des Begriffes und Gegenstandes der Versicherung sowie der rechtlichen Natur des Versicherungsvertrages auf den Begriff der „Veräußerung" näher einzugehen, wobei es namentlich auch von Wichtigkeit sein wird, die rechtliche Natur des Besitzes zu erörtern, weshalb zuvor als Abschluß des ersten Teiles und Überleitung zum zweiten Teil der Abhandlung noch ein kurzer Blick auf diese geworfen werden soll.

Erster Teil.

Eigentum und Besitz an wesentlichen Bestandteilen einer Sache, insbesondere an stehenden Bäumen.

§ 2.

Die sogen. symbolische Tradition.

Bei dem den Gegenstand dieser Erörterung bildenden Problem ist, wie ich schon in der Einleitung erwähnt habe, zunächst zu prüfen, welche Bedeutung der Signierung der Bäume beizumessen ist. Da diese Frage in engstem Zusammenhang mit der Lehre vom Besitzerwerb steht, so ist es erforderlich, auch hierauf des näheren einzugehen.

Was zunächst das römische Recht anbetrifft, so besagt D. 41, 2. 3. 1 hinsichtlich des Besitzerwerbes: „Apiscimur possessionem corpore et animo neque per se animo aut per se corpore“. Zwei Elemente sind also zum Besitzerwerb erforderlich: einmal der Besitzwille — animus — und sodann das räumliche Verhältnis zu der Sache, das die Ausübung dieses Besitzwillens ermöglicht — corpus —, gleichgültig ob der Besitzerwerb einseitig durch Okkupation erfolgt oder durch Tradition seitens des bisherigen Be-

sitzers. In letzterem Falle, der ja allein hier in Betracht kommt, äußert sich der animus „in der konkreten Form des Empfangswillens“,[1] während andererseits auf seiten des Veräußerers der Wille vorhanden sein muß, den Besitz aufzugeben und auf den anderen zu übertragen, wobei jedoch zu bemerken ist, daß es eine Rechtsnachfolge in den Besitz, abgesehen von einer einzigen Ausnahme bei der Ersitzung, nach römischem Recht nicht gab, sondern „die Betätigung des auf Übertragung des Besitzes gerichteten Willens des bisherigen Besitzers hatte nur die Bedeutung, daß sie die Besitzergreifung des anderen ermöglichte“.[2] Daß diese beiden zur Tradition erforderlichen Willenselemente bei den Parteien vorhanden sind, ergibt die Sachlage einwandfrei.

Was sodann das zweite Element beim Besitzerwerb, das corpus, anbetrifft, so ist dieses entsprechend der in D. 41, 2. 1 pr. gegebenen Erklärung des Wortes possessio recht eigentlich dann vorhanden, wenn man auf der Sache sitzt oder sie sonst körperlich berührt. Nun finden sich jedoch im corpus iuris civilis eine ganze Anzahl von Fällen, in denen sich ein Besitzerwerb durch Tradition vollzieht, ohne daß der Erwerber in ein körperliches Verhältnis zu der betreffenden Sache tritt. Das am häufigsten wiederkehrende Beispiel einer solchen Tradition ist die Übergabe eines Schlüssels seitens des Veräußerers, wodurch der Erwerber freien Zutritt zu den in einem

---

[1] Exner, Tradition S. 87.

[2] Engelmann, Bürgerl. R. § 159 S. 481.

Speicher oder sonstigen verschlossenen Raum aufbewahrten Gegenständen erhält. So J. 2, 1. 45; D. 18, 1. 74; D. 41, 1. 9. 6 und D. 41, 2. 1. 21. Besonders die letzte Stelle ist von Bedeutung, weil hier Paulus ganz allgemein den Satz aufstellt: Non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem. Erwähnt wird schließlich auch, was besonders für die vorliegende Frage von Interesse ist, das Signieren der verkauften Sache, nämlich in D. 18, 6. 15. 1, wo es heißt: „Videri autem trabeas traditas, quas emptor signasset“. Zu diesem Satze steht allerdings D. 18, 6. 1. 2 in scheinbarem Widerspruch, wonach die Zeichnung von Weinfässern durch den Käufer nach der übereinstimmenden Ansicht des Ulpianus und Labeo diese Bedeutung nicht haben soll. Doch weist Glück[3]) darauf hin, daß diese Kontroverse doch nur eine scheinbare ist, „da man Balken gewöhnlich im Freien aufzubewahren pflege, so daß die Zeichnung auf eine vorangegangene Tradition schließen lasse; Wein dagegen werde stets in geschlossenen Räumen aufbewahrt, so daß aus diesem Grunde die Zeichnung der Weinfässer lediglich die Bedeutung habe, einer späteren Verwechslung vorzubeugen, nicht aber die einer Besitzeinräumung. Eine solche würde vielmehr gemäß D. 41, 2. 1. 21 erst in der Übergabe der Schlüssel zum Weinkeller liegen“. Da also die Quellen wiederholt von einer Tradition auch dann sprechen, wenn eine körperliche Berührung der Sache nicht

---

[3]) Glück, Erl. der Pand. Bd. 8 § 582 N. 15 S. 115.

erfolgt, so kam die ältere gemeinrechtliche Theorie zu der Lehre, daß es außer der eigentlichen körperlichen Übergabe, traditio vera, auch eine uneigentliche Tradition gebe, die man als fingierte, traditio ficta, bezeichnete, und zwar ist dieser Ausdruck bereits von den Postglossatoren geprägt worden. Zu dieser traditio ficta rechnete man einmal das constitutum possessorium, die longa manu traditio und die brevi manu traditio. Sodann aber verallgemeinerte man auch die oben angeführten Fälle und machte daraus eine zweite Art der traditio ficta, die sogen. symbolische Tradition, indem man lehrte, es genüge bei der Tradition zur Übergabe des Besitzes die Aushändigung eines Symbols, bezw. die Anbringung eines solchen an der zu übergebenden Sache. In letzterem Falle war es natürlich, wie Gesterding[4]) erwähnt, erforderlich, daß der Wille der Parteien auch wirklich auf Tradition gerichtet sei, und nicht etwa nur darauf, einer Verwechslung vorzubeugen. Obwohl man also annahm, daß die in den Quellen erwähnten Fälle nur beispielsweise genannt seien, war auch in der späteren Entwicklung die Wahl des Symbols durchaus nicht dem freien Willen der Parteien überlassen, sondern wie Biermann[5]) des näheren ausführt, war die Zahl und Art der Symbole zwar eine über die Fälle des corpus iuris hinaus erweiterte, aber doch eine durch die Gewohnheit beschränkte. Diese Lehre beherrschte, wie es namentlich Biermann

---

[4]) Gesterding, Lehre vom Eigentum § 22 S. 153.

[5]) Biermann, Traditio ficta S. 367.

eingehend dargelegt hat, die gesamte ältere gemeinrechtliche Theorie und Praxis. Aus der letzteren möchte ich namentlich eine Entscheidung erwähnen, die gerade für das vorliegende Problem von Interesse ist, nämlich ein Urteil des Oberappellationsgerichtes zu Parchim.[6] In diesem äußert sich das Gericht über die Bedeutung des Anschlags von verkauften Bäumen mit dem Waldhammer dahin, daß dadurch nicht nur der Besitz, sondern sogar auch das Eigentum an den Bäumen übertragen werde, indem es das Hauptgewicht auf den auf Tradition gerichteten Willen der Parteien legte.

Jene Doktrin von der symbolischen Tradition hat nun jedoch Savigny in seinem berühmten Buch „Das Recht des Besitzes" mit glänzendem Erfolg widerlegt. Er definiert nämlich den Begriff des corpus als „die physische Möglichkeit, auf die Sache unmittelbar zu wirken und jede fremde Wirkung auf sie auszuschließen"[7] und sagt dann weiter: „Jene physische Möglichkeit also ist das, was als factum in allem Erwerb des Besitzes enthalten sein muß. Körperliche Berührung ist in diesem Begriff nicht enthalten".[8] „Die Apprehension wird demnach ausgemacht durch die Möglichkeit einer unmittelbaren Einwirkung auf die Sache. Damit sind zugleich alle fingierten Apprehensionen aufgehoben, weil alle die

[6] Nettelbladt, Rechtspr. des OAppG. zu Parchim Bd. 1 Nr. 3 S. 9 ff.

[7] Savigny a. a. O. § 14 S. 210.

[8] Savigny a. a. O. § 14 S. 211.

Fälle, in denen man eine solche nach willkürlichen Voraussetzungen annahm, ohne Ausnahme unter dem Begriff der natürlichen Apprehension enthalten sind."[9]) Somit kommt also Savigny zu einer vollständigen Ablehnung der Lehre von der fingierten Tradition, indem er, wie aus obigen zitierten Stellen hervorgeht, an die Stelle der körperlichen Berührung die tatsächliche Gewalt unter Ausschluß Dritter substituiert. Die Erlangung einer solchen ausschließlichen physischen Herrschaft ist jedoch ohne die Gegenwart derjenigen Person, welche auf die Sache einwirken will, nicht denkbar. Daher stellt Savigny auch als ein weiteres Kriterium des Besitzerwerbes die Gegenwart des Besitzergreifenden auf, indem er sagt: „Es muß die Möglichkeit, auf die Sache nach Willkür zu wirken, von dem, welcher den Besitz erwerben will, als unmittelbare gegenwärtige Möglichkeit gedacht werden können".[10])

Gegen diese Definition des Begriffes corpus erhob jedoch Jhering scharfe Angriffe. Er bezeichnet nämlich den Besitz als die „Tatsächlichkeit, Sichtbarkeit des Eigentums"[11]) und versteht darunter die „normale Gestaltung des Verhältnisses des Eigentümers zur Sache".[12]) Ob aber Besitz vorliege oder nicht, hänge davon ab, ob sich die Sache in einem dem Zweck ihrer ökonomischen

[9]) Savigny a. a. O. § 18 S. 236 ff.

[10]) Savigny a. a. O. § 18 S. 238, ebenso S. 212, 214 u. 216.

[11]) Jhering, Der Besitz, in Jherings Jahrb. Bd. 32 S. 58.

[12]) Jhering a. a. O. S. 79.

Verwendung entsprechenden Verhältnis zu einer Person befinde.[13] Demgemäß müsse ein bestehendes Besitzverhältnis für jeden Dritten erkennbar sein, d. h. ihm Aufschluß darüber geben, ob sich die Sache in normaler Lage befinde oder nicht.[14] Das Dasein des Besitzes ist also nach Ihering in erster Linie „eine einfache Erfahrungstatsache".[15] Aus dieser Definition des Besitzes ergibt sich demgemäß, daß zum Erwerb des Besitzes die Herstellung eines Verhältnisses erforderlich ist, durch das der Besitzergreifende als ein die Sache normal benutzender Eigentümer erscheint.[16]

Diese Lehre Iherings ist jedoch von der herrschenden Ansicht nicht angenommen worden. Insbesondere wenden sich gegen ihn Windscheid und Randa,[17] und namentlich der letztere unterzieht die Lehre Iherings an der Hand der von ihm selbst aufgestellten Beispiele einer eingehenden Kritik. Geht man die einzelnen Kriterien des Iheringschen Besitzbegriffes durch, so ist es vor allem die Hineinziehung des Eigentumsbegriffes in die Lehre vom Besitz, die sich in keiner Weise rechtfertigen läßt. Vielmehr warnen die Quellen ausdrücklich vor

---

[13]) Ihering a. a. O. S. 80—86; ferner Ihering, Grund des Besitzschutzes S. 149.

[14]) Ihering, Grund S. 189.

[15]) Ihering a. a. O. S. 189.

[16]) Ihering a. a. O. S. 160 ff.

[17]) Windscheid, Pand. Bd. 1 § 153 Anm. 8 S. 762/63; Randa, Der Besitz § 1a S. 37 ff.

einer Vermischung dieser beiden Begriffe, die nichts Gemeinsames miteinander haben. „Nihil commune habet proprietas cum possessione“ heißt es in D. 41, 2. 12. 1 und weiter in D. 41, 2. 52 pr.: „. . . Quemadmodum nec possessio et proprietas misceri debent“. Wäre nun Besitz wirklich die Tatsächlichkeit des Eigentums, so müßte also jeder Besitz auf Eigentum schließen lassen; indessen wäre ein solcher Schluß durchaus verfehlt, denn wenn auch Besitz und Eigentum oft zusammenfallen werden, so ist dies doch andererseits sehr oft auch nicht der Fall, worauf in D. 43, 17. 1. 2 mit den Worten hingewiesen wird: „Fieri enim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter quidem dominus sit, possessor vero non sit“. Und so wird denn auch allgemein gegen diese Hineinziehung Widerspruch erhoben, z. B. von Randa, Dernburg, Brinz.[18])

Jedoch läßt sich nicht verkennen, daß in der Lehre Iherings insofern etwas Wahres liegt, als in der Tat der Besitz sehr oft mit dem Eigentum zusammenfällt und bestehendes Eigentum nach außen hin in der Form des Besitzes sichtbar wird. Auf diese Funktion des Besitzes hingewiesen zu haben, ist vor allem das Verdienst der neueren Rechtsschein- (Publizitäts-) Theorie, deren Hauptvertreter Crome, Herbert Meyer, Gierke und Wellspacher[1]) sind. Während jedoch im römischen

[18]) Randa, Der Besitz S. 42; Dernburg, Pand. Bd. 1 § 178 Anm. 5; Brinz, Pand. S. 496/97.

[19]) Crome, Bürgerl. R. Bd. 3 § 377; Herbert Meyer, Das

Recht die Entwicklung teilweise dahin ging, die dinglichen Rechte von der Erscheinungsform des Besitzes loszulösen, so z. B. beim Pfandrecht (pignus — hypotheca), ist im Bürgerlichen Gesetzbuch unter dem Einfluß des alten deutschen Rechts, insbesondere des Instituts der Gewere, die Publizitätsfunktion des Besitzes — wie der Publizitätsgedanke überhaupt — wieder schärfer betont und weiterentwickelt worden. Der Besitz ist heute nicht nur der „normale Ausübungszustand"[20] des Eigentums, sondern auch des Pfandrechts und des Nießbrauchs. Natürlich gelten diese Sätze nur für das Fahrnisrecht, während im modernen Liegenschaftsrecht diese Publizitätsfunktion in noch weit stärkerem Maße dem Grundbuche zufällt. Diese auch schon im römischen Recht beim Besitz zu beobachtende Erscheinung hat ohne Frage Jhering zur Formulierung seines Besitzbegriffes veranlaßt, wobei er jedoch in den Fehler verfallen ist, die Bedeutung des Besitzes mit dem Begriff desselben zu verwechseln.

Dies ist sonach der grundsätzliche Fehler, den Jhering bei der Formulierung seines Begriffes begeht, aber auch im einzelnen läßt sich mancherlei gegen ihn einwenden. Jhering gibt, wie oben erwähnt, als Erkennungsmittel des Besitzes die normale Lage der Sache an, wobei diese Lage durch den Zweck ihrer ökonomischen Verwendung bestimmt werden soll. Verliert also die Sache ihre nor-

Publizitätsprinzip im deutschen bürgerl. R.; Gierke, Fahrnisbesitz; Wellspacher, Vertrauen auf äußerliche Tatbestände.

[20]) Crome a. a. O. S. 191.

male Lage, so hört damit auch der Besitz auf.[21]) Hier entsteht sofort die Schwierigkeit, festzustellen, welches der normale Zustand einer Sache ist. Abgesehen davon finden sich jedoch auch häufig Fälle, in denen der Besitz an einer Sache tatsächlich fortdauert, trotzdem sie sich nicht in einer Lage befindet, wie sie dem bestehenden Eigentum einer Person entspricht. Um das auch von Randa[22]) angeführte Beispiel zu benutzen: Ein Bauer bebaut aus irgendeinem Grunde sein Feld nicht. Nach Ihering[23]) müßte er dadurch den Besitz verlieren, was aber in Wirklichkeit durchaus nicht der Fall ist. Aber auch der umgekehrte Fall kann sich finden, daß z. B. ein ordnungsmäßig bebautes Feld etwa wegen des Todes seines Besitzers in niemandes Besitz steht, weil die Erbschaft noch eine hereditas iacens ist, oder — um ein Beispiel nach heutigem Recht zu bilden — wenn ein Schuldner wegen Verzuges des Gläubigers von der Befugnis des § 303 BGB. Gebrauch gemacht und den Besitz an dem Grundstück aufgegeben hat, und doch kann das dem Feld niemand ansehen, da es sich offenbar in einer normalen Lage befindet. Das Ergebnis ist also, daß man Besitzer bleiben kann, auch wenn der Zustand der besessenen Sache ein anomaler ist, und daß umgekehrt der Besitz auch aufhören kann, ohne daß an dem normalen Zustande der Sache eine Änderung eintritt.

---

[21]) Ihering, Grund S. 180.

[22]) Randa a. a. O. S. 45.

[23]) Ihering a. a. O. S. 210.

Wenn ferner Ihering[24]) annimmt, „daß der Besitz einer Sache sich äußere in einem dem Zweck ihrer ökonomischen Verwendung entsprechenden Verhältnis zu einer Person", so ist auch dies nicht immer richtig. So ist es z. B. der Zweck unserer Kleidungsstücke, getragen zu werden. Nun trägt man aber in der Regel doch nicht seinen ganzen Kleidervorrat mit sich herum, sondern der Teil, der gerade nicht gebraucht wird, hängt im Schrank, befindet sich also nicht in einer seinem ökonomischen Zweck entsprechenden Lage, so daß man diese nach Iherings Auffassung als eine anomale bezeichnen müßte, trotzdem sie doch tatsächlich die regelmäßige ist.

Noch ein weiterer Einwand läßt sich erheben. Besitz soll die Tatsächlichkeit, Sichtbarkeit des Eigentums sein, d. h. „die normale Gestaltung des Verhältnisses des Eigentümers zur Sache".[25]) Demnach ersieht man also daraus, daß eine Sache so benutzt wird, wie sie gewöhnlich ein Eigentümer benutzt, daß sie sich im Eigentum, mithin auch im Besitz jemandes befindet. Dieser Schluß läßt sich ja auch z. B. bei einem Kartoffelfeld, das gerade abgeerntet wird, ziehen, mit Recht aber wirft hier Randa[26]) die Frage auf: wie soll man nun aber bestehendes Eigentum bezw. also Besitz z. B. an einem unzugänglichen Sumpf erkennen? Auch hier kommt man also mit der Lehre Iherings offenbar nicht weiter.

---

[24]) Ihering, Der Besitz, in Iherings Jahrb. Bd. 32 S. 80.

[25]) Ihering a. a. O.

[26]) Randa a. a. O. § 1a S. 46.

Somit muß man zu einer Ablehnung der Iheringschen Lehre kommen. Richtig ist vielmehr allein der von Savigny geäußerte Gedanke, daß Besitz die tatsächliche Gewalt über eine Sache ist. Allerdings bedarf dieser Gedanke einer etwas anderen Formulierung, als Savigny sie ihm gegeben hat. Abzulehnen ist nämlich das von Savigny als notwendig aufgestellte Erfordernis der Ausschließlichkeit des Besitzes, weil, wie Randa[37]) sehr richtig bemerkt, eine solche Möglichkeit überhaupt fast niemals besteht, „da die Übermacht Dritter unsere Macht immer brechen kann". Ebenso lehnen auch Dernburg, Windscheid, Exner[28]) u. a. die Ausschließlichkeit mit Rücksicht auf ihre Unerreichbarkeit ab. Damit wird zugleich auch das Erfordernis der Gegenwart beim Besitzerwerb hinfällig. Denn wenn es nicht erforderlich ist, jeden Dritten von einer Einwirkung auf die Sache auszuschließen, kann die tatsächliche Gewalt auch erlangt werden, ohne daß man sich bei der betreffenden Sache befindet. Es genügt dann lediglich, daß der bisherige Besitzer seinen Besitz aufgibt und dadurch den Besitzerwerb des andern ermöglicht. Und in der Tat kennen auch die Quellen das Erfordernis der unmittelbaren Gegenwart bei der zu übergebenden Sache nicht. Das beweisen hinlänglich die folgenden Stellen: D. 41, 1. 9. 6; D. 41, 2. 1. 21; D. 41, 2. 18. 2; D. 41, 1. 55, in denen nirgends die Gegen=

---

27) Randa a. a. O. § 1 S. 3.

28) Dernburg a. a. O. Anm. 4 zu § 178 S. 410; Windscheid a. a. O. § 153 N. 4 S. 760; Exner a. a. O. S. 89 N. 7.

wart des Erwerbers gefordert wird. Somit kommt man dahin, daß der Besitz die tatsächliche Herrschaft über eine Sache ist, wobei körperliche Berührung nicht erforderlich ist; es genügt vielmehr die bloße Möglichkeit einer Einwirkung auf die Sache. Ob und wann diese Möglichkeit nun vorliegt, darüber lassen sich feste Regeln nicht aufstellen, sondern hierüber entscheidet die allgemeine Verkehrsanschauung, wie Randa[29]) dies mit den Worten zum Ausdruck bringt: „Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Akt oder Vorgang einer Person tatsächlich die Herrschaft über ein Objekt verschaffe, ist wesentlich auf die Anschauung des Verkehrs, auf die lebendige Lebensauffassung Rücksicht zu nehmen". Diese Ansicht vertreten ferner auch Dernburg, Eck, Engelmann, Kreß und, wie mir scheint, auch Exner und Windscheid.[30]) Denn wenn diese beiden darauf hinweisen, daß das freie Ermessen des Richters im konkreten Falle zu entscheiden habe, so ist der Richter eben der Repräsentant der allgemeinen Verkehrsanschauung, die er zur Anwendung bringt. Von einer symbolischen Tradition kann demnach nach römischem und gemeinem Recht keine Rede sein, „es handelt sich vielmehr in allen bezüglichen Fällen nicht um bloße Zeichen, sondern um verschiedene Mittel zur

---

[29]) Randa a. a. O. S. 405 ff.

[30]) Dernburg a. a. O. § 178 S. 410; Eck in Goldschmidts Z. f. HR. Bd. 52 S. 595; Engelmann a. a. O. § 157 S. 475; Kreß, Besitz und Recht § 2 S. 5 ff.; Exner a. a. O. S. 90; Windscheid a. a. O. § 153 S. 761.

Herstellung der Gewalt. Die Tradition ist entweder eine eigentliche oder gar keine".[31])

Einen wesentlich anderen Standpunkt nimmt jedoch in dieser Frage das allgem. Landrecht ein. Werfen wir einen Blick auf die in ihm enthaltene Lehre vom Besitz- und Eigentumserwerb! Eigentum wird nach ALR. I, 9 §§ 1 u. 2 erworben durch modus und Titel. Regelmäßiger modus nun ist gemäß I, 9 § 3 der Besitzerwerb. Zum Besitzerwerb ist erforderlich gemäß I, 7 § 3 in Verb. mit § 1: „die Absicht, für sich selber darüber zu verfügen", also der animus rem sibi habendi, und die Herstellung des corpus, d. h. des „physischen Vermögens, über die Sache mit Ausschließung anderer zu verfügen". Der § 50 dagegen sagt: „Die äußere Handlung, wodurch eine körperliche Sache in die Gewalt des Besitzers gelangt, wird im eigentlichen Verstande Besitzergreifung genannt", und § 51: „Dazu ist jede Handlung hinreichend, welche den neuen Besitzer in den Stand setzt, die Sache selbst oder durch andere zu gebrauchen und darüber zu verfügen". Während aber in den §§ 1 u. 3 zur Apprehension Ausschließlichkeit verlangt wird, ist dies in den beiden letzteren Paragraphen offenbar nicht der Fall. Dementsprechend ist auch die Praxis schwankend. Der ersteren Begriffsbestimmung folgen z. B. die Entscheidungen des Obertribunals in Striethorsts Arch. Bd. 12 S. 281 und Bd. 9 S. 39, der letzteren die Entscheidung des Obertribunals v. 12. 3. 1869.[32])

[31]) Dernburg a. a. O. S. 414.

[32]) Entsch. d. OTr. Bd. 62 S. 5ff.

Unter dem Einfluß nun der zur Zeit seiner Abfassung noch herrschenden Lehre von der symbolischen Tradition ist die Möglichkeit einer solchen auch vom allgem. Landrecht anerkannt worden. Es kann nämlich das corpus nach der Ausdrucksweise des ALR. I, 7 § 6 nicht nur durch Übergabe „aus Hand in Hand", d. h. körperlich, erlangt werden, sondern auch durch Zeichen, also symbolisch. Die Wahl der Zeichen ist hierbei laut § 62 a. a. O. dem freien Willen der Parteien überlassen, „doch müssen dieselben von der einen Seite die Absicht, den Besitz zu erledigen, und von der anderen, denselben zu ergreifen, hinlänglich andeuten". Jedoch heißt es dann weiter in I, 7 § 64: „Der körperlichen Besitznahme darf nichts im Wege stehen". Darin ist also doch immerhin eine ziemliche Beschränkung der symbolischen Tradition enthalten.

Was endlich das Bürgerliche Gesetzbuch anbetrifft, so ist nach § 854 zur Apprehension des Besitzes erforderlich „die Erlangung der tatsächlichen Gewalt". Es entspricht dies also der gemeinrechtlichen Theorie, wie sie sich nach Savigny entwickelt hat. Allerdings verlangt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht einen rechtlich bedeutsamen Besitzwillen, so daß also auch Geschäftsunfähige wenigstens originär Besitz erwerben können, während dagegen zum Besitzerwerb durch Übergabe auch nach Bürgerlichem Gesetzbuch ein rechtsgültiger Willensakt erforderlich ist, indem nämlich in diesem Falle zu der Einräumung des Besitzes von der einen und Ergreifung desselben auf der anderen Seite noch die Einigung der Parteien hinzukommen muß.

Was nun die Erlangung der tatsächlichen Gewalt anbelangt, so gilt dasselbe, was schon oben hinsichtlich des römischen Rechts gesagt ist, daß nämlich eine körperliche Berührung nicht erforderlich ist,[33]) „es genügt vielmehr die Herstellung eines solchen äußeren Verhältnisses zur Sache, das nach der herrschenden Verkehrsanschauung für genügend erachtet wird, um die wirtschaftliche Zweckbestimmung der Sache für den Besitzer zu sichern".[33a]) Ausschließlichkeit ist also nicht erforderlich. Folgerichtig kennt das Bürgerliche Gesetzbuch daher eine symbolische Übergabe nicht. Daher kann z. B. das Signieren einer Sache, wie Staudinger[34]) sagt, „keine andere Bedeutung haben als die, daß sie eben den Erwerber in die Lage versetzt, die Gewalt über die Sache auszuüben". Das ist aber nur dann der Fall, wenn, wie dies das Oberlandesgericht Breslau in einer Entscheidung ausgesprochen hat, die Umstände so liegen, „daß der unmittelbaren wirklichen Ausübung der Gewalt kein Hindernis entgegensteht".[35]) Es wäre dazu in einem Fall wie dem hier vorliegenden erforderlich, daß den Käufern „die ungehinderte Einwirkung auf den Grund und Boden ge-

---

[33]) Kuhlenbeck, Handkomm. Bd. 2 Anm. 2 zu § 854 S. 11.

[33a]) Ebenso Komm. v. RGRäten Bd. 1 S. 717 Anm. 3 zu § 854; Staudinger Bd. 3 Anm. II, 1 zu § 854.

[34]) Staudinger a. a. O. Anm. II, 1b zu § 854.

[35]) Entsch. d. OLG. Bd. 5 S. 150; ebenso Staudinger a. a. O. Anm. II, 1 zu § 854.

währt wird, welche die Ausübung des Besitzes an den stehenden Bäumen ermöglicht und erfordert".[36]

§ 3.

Eigentum und Besitz an Sachteilen nach römischem Recht.

Wir haben im vorigen Paragraphen gesehen, daß es eine symbolische Tradition weder nach römischem noch heutigem Recht gibt, nur das allgem. Landrecht erkannte ein solche an. Gleichwohl muß man wohl sagen, daß die Käufer die tatsächliche Gewalt über die Bäume erlangt haben. Denn in der Bedingung, daß die Käufer die Bäume selbst fällen sollen, ist zugleich auch die Erlaubnis enthalten, das Grundstück zu diesem Zweck ungehindert betreten zu dürfen, so daß damit der freien Verfügung über die Bäume seitens der Käufer kein Hindernis entgegensteht. Daß auch der Wille, Besitz zu übertragen und zu erwerben, vorhanden ist, ist der ganzen Sachlage nach nicht weiter zweifelhaft.

Es fragt sich nun jedoch, ob Eigentum und Besitz an stehenden Bäumen überhaupt möglich sind. Bäume gehören zu den Früchten eines Grundstücks. Früchte sind nämlich nach römischem Recht derjenige Gewinn, den eine Sache in regelmäßigen Zwischenräumen abwirft. Hierzu rechnete man unter anderem auch den ordentlichen Holz=

[36]) Staudinger Bd. 3 Anm. 1, 10 zu § 865 und Bd. 1 Anm. 6b zu § 93.

schlag, worüber sich Ulpianus in D. 24, 3. 7. 12 mit den Worten äußert: „Si arbores caeduae fuerunt, puto dici oportet in fructu cedere“. Für Früchte gilt aber der Satz: „Fructus pendentes pars fundi videntur“ (D. 6, 1. 44), oder wie Pomponius in D. 19, 1. 40 speziell bezüglich stehender Bäume sagt: „Arborum, quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo“. Ungetrennte Früchte sind also rechtlich noch keine Sachen, sondern bloße Bestandteile der Muttersache und gehören daher bis zu ihrer Trennung dem Eigentümer der fruchttragenden Sache. Daß an solchen Bestandteilen besondere Rechte eines anderen als des Eigentümers der Hauptsache bestehen, ist jedoch völlig ausgeschlossen;[1] demnach ist also ein besonderes Eigentum an Sachteilen, insbesondere an stehenden Bäumen, nicht möglich, was aus D. 19, 1. 40 klar hervorgeht.

Was sodann die Möglichkeit des Besitzes an Sachteilen nach römischem Recht anbetrifft, so ist diese Frage nicht ohne weiteres zu beantworten, da sie in den Quellen in der Hauptsache nur mittelbar entschieden wird. Nur zwei Fälle eines Teilbesitzes einer Sache werden in den Digesten erörtert. Einmal der Teilbesitz an einem Grundstück. Ein solcher ist möglich, wenn die Teile durch vertikale Linien fest begrenzt sind, wie dies in D. 6, 1. 8,

---

[1]) vgl. Girard, Geschichte und System S. 273; Regelsberger, Pand. Bd. 1 zu § 102 S. 385; Windscheid a. a. O. § 144 S. 714; Gesterding, Ausbeute S. 355; Dernburg a. a. O. Anm. 16 zu § 78 S. 173.

D. 41, 2. 26 und D. 41, 3. 32. 2 ausgesprochen ist. Ein solcher Besitz an reellen, durch eine Linie abgegrenzten Teilen — possessio pro diviso — ist jedoch nur an Grundstücken denkbar, dagegen ist es ausgeschlossen, etwa einen Balken durch einen Kreidestrich zu teilen und einem anderen ohne Aufhebung des körperlichen Zusammenhanges bis zu diesem Strich den Besitz einzuräumen, was aus D. 10, 3. 19 pr. in Verb. mit D. 6, 1. 8 klar hervorgeht. Namentlich in letzterer Stelle wird ausdrücklich gesagt: „... nunquam (res mobilis) pro diviso possideri potest". Auch D. 17, 2. 83 steht dieser Regel nicht entgegen, wie Eisele[2]) dies nachweist und auf dessen Ausführungen ich hier verweise. Möglich ist ferner gemäß D. 41, 2. 26 und D. 41, 3. 32. 2 auch noch ein Besitz an ideellen Teilen einer Sache, vorausgesetzt, daß die Teile certae partes sind. Ob nun aber auch über diese beiden Fälle hinaus ein Besitz an Sachteilen anerkannt wird, ist hier näher zu prüfen. Die Frage ist, um das Ergebnis dieser Untersuchung gleich vorwegzunehmen, in Übereinstimmung mit Savigny[3]) und der übrigen gemeinrechtlichen Literatur sowohl in bezug auf bewegliche wie auch auf unbewegliche Sachen zu verneinen.

---

[2]) Eisele in Iherings Jahrb. Bd. 31 S. 360 und im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 84 S. 305.

[3]) Savigny, Besitz S. 263; vgl. auch Sintenis, Zivilrecht Bd. 1 § 43 S. 458; Seuffert, Pand. § 107 S. 135; Gesterding, Lehre vom Eigentum S. 245; Puchta in Weiskes Rechtslexikon Bd. 2 S. 51 u. a.

Die Unmöglichkeit des Besitzes an Bestandteilen einer Sache läßt sich einmal argumento e contrario aus mehreren Quellenstellen herleiten. Zunächst kommt hier in Betracht D. 41, 3. 23 pr. und § 2. Es heißt hier, der Besitzer eines Hauses sei nicht auch zugleich Besitzer der einzelnen Teile für sich, weil er diese sonst als bewegliche Sache in drei, das Haus als Ganzes aber infolge seiner Eigenschaft als unbewegliche Sache erst in zehn Jahren, dieselbe Sache also einmal als Mobilie und einmal als Immobilie ersitzen würde. Wenn aber der Besitzer des ganzen Hauses einen Sonderbesitz an den einzelnen Bestandteilen desselben nicht haben kann, so ist die notwendige Folge, daß er ohne vorgängige Trennung einen solchen Sonderbesitz auch nicht auf einen andern übertragen kann, und daß mithin Sachteile überhaupt nicht Gegenstand eines Sonderbesitzes sein können. So wird denn auch gerade diese Stelle von den meisten[4]) als Beleg für die Unmöglichkeit des Besitzes an Sachteilen angeführt.

Derselbe Schluß läßt sich auch ziehen aus D. 47, 3. 1. 1, wo es am Schluß heißt: „Sed ad exhibendum danda est actio: nec enim parci oportet ei, qui sciens alienam rem aedificio inclusit vinxitve: non enim sic eum convenimus quasi possidentem, sed ita, quasi dolo malo fecerit, quo minus possideret“. Es

[4]) vgl. Savigny, Besitz S. 267 Anm. 3; Regelsberger, Pand. Bd. 1 S. 385 N. 3; Windscheid, Pand. Bd. 1 § 152 N. 2 S. 756; Dernburg, Pand. 7. Aufl. Bd. 1 § 176 Anm. 6 S. 407.

begegnet uns hier also derselbe Gedanke wie in der vorigen Stelle.

Dasselbe ist endlich noch in D. 41, 2. 30 pr. der Fall, wo kurz gesagt wird: „Qui universas aedes possedit, singulas res, quae in aedificio sunt, non videtur possedisse“. Savigny und mit ihm Meischeider und Scheurl[5]) wollen hier allerdings unter den res, quae in aedificio sunt nicht die Baumaterialien verstehen, sondern bewegliche Sachen, die im Hause sind. Doch dürfte dies nicht richtig sein, denn genau dieselbe Ausdrucksweise findet sich mit Bezug auf Baumaterialien auch in D. 41, 3. 23. 2.

Im Widerspruch mit diesen Stellen scheint nun jedoch D. 41, 3. 30. 1 zu stehen. Die Stelle ist von jeher Gegenstand einer Kontroverse unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern gewesen, und es muß daher näher auf sie eingegangen werden. Ihr Wortlaut ist folgender: „Labeo libris epistularum ait, si is, cui ad tegularum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas coniecisset, nihilo minus eum usucapturum, si aedificium possedisset. quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in anulo gemma? in quo verum est et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum“. Ein Teil der Rechtsgelehrten will

---

[5]) Savigny a. a. O. S. 228; Meischeider, Besitz und Besitzesschutz S. 109; Scheurl, Zur Lehre vom römischen Besitzesrecht S. 166 N. 1.

nun in dieser Stelle nicht eine Besonderheit der Besitzeslehre, sondern lediglich eine Besonderheit der Ersitzungslehre sehen, indem sie meinen, der Jurist behaupte gar nicht die Fortdauer des Besitzes, sondern lediglich utilitatis causa die Vollendung der Ersitzung ohne Fortdauer des Besitzes, und verweisen zum Belege dessen auf die analogen Bestimmungen in D. 41, 3. 40; D. 41, 3. 44. 3 und D. 41, 4. 6. 2. Schließt man sich dieser von Dernburg, Regelsberger und Kohler[6]) vertretenen Ansicht an, so enthält die Stelle keine Schwierigkeit, sondern im Gegenteil eine Bestätigung unserer Regel. Doch bleiben bei dieser Erklärung die decem dies, die doch wohl irgendeine Bedeutung haben müssen, gänzlich unberücksichtigt. Eine andere Lösung sucht Savigny.[7]) Er versteht diese Stelle dahin, daß trotz der Verbindung der Sachen zu einem neuen Ganzen der Besitz und damit auch die Ersitzung an den nunmehrigen Bestandteilen fortdauere; er sieht hier also eine Besonderheit der Besitzeslehre, nämlich eine Ausnahme von unserer Regel von der Unmöglichkeit des Sonderbesitzes an Sachteilen, wobei dann die decem dies überhaupt nur eine kurze Zeit bedeuten sollen. Ihm schließen sich im wesentlichen an Binding, Vangerow und Madai,[8])

---

[6]) Dernburg a. a. O. § 176 Anm. 6 S. 407; Regelsberger a. a. O. S. 385 N. 3; Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 26 S. 62/63.

[7]) Savigny a. a. O. S. 269/70.

[8]) Binding im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 27 S. 216 ff.; Vangerow,

und zwar machen sie entsprechend den beiden in dieser Stelle angeführten Beispielen keinen Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen. Und in der Tat, betrachten wir zunächst den zweiten Teil dieser Stelle, der von der Verbindung zweier beweglicher Sachen zu einem Ganzen handelt, so muß man zu demselben Ergebnis wie Savigny kommen, denn Pomponius sagt klar und deutlich: „... verum est et aurum et gemmam et possideri et usucapi“ und begründet diese Ausnahme mit den Worten: „cum utrumque maneat integrum“. Diese Begründung ist nun allerdings nicht so zu verstehen, daß die Sachen ihre Selbständigkeit bewahren, wie dies Randa, Stephan, Rudorff[9]) u. a. tun, und infolgedessen dem ersten Teil dieser Stelle die Deutung geben, daß bei Verbindung von Baumaterialien zu einem Hause die Steine und Balken zwar weiter besessen würden, jedoch nunmehr nach Immobiliargrundsätzen, also mit dem Ganzen ersessen werden müßten, da sie ja ihre Selbständigkeit verloren hätten. Das ist jedoch nicht richtig. Der richtige Sinn dieser Worte ist vielmehr der, daß bei Verbindung von beweglichen Sachen miteinander diese ihren sachenrechtlichen Charakter als Mobilien behalten. Es geht dies hervor, wie Meischeider und in Übereinstimmung mit ihm Eisele bemerken, aus den

Pand. Bd. 1 § 204 Anm. 2 S. 370/71; Madai, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 25 S. 307 ff.

[9]) Randa a. a. O. § 18 S. 513 ff.; Stephan im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 31 S. 381; Rudorff, Anhang zu Savigny Nr. 81 S. 653/54.

Worten: „... quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent? ...", welche auf den Gegensatz der Verbindung beweglicher Sachen zu einer neuen beweglichen Sache einerseits und der Verbindung beweglicher Sachen mit einer unbeweglichen Sache andererseits hinweisen, wovon in dem ersten Teil der zitierten Stelle die Rede ist, zu dessen Behandlung wir nunmehr kommen. Wenn Savigny auch diesen Fall als eine Ausnahme von unserer Regel betrachtet, so kommt er damit, wie wir sofort sehen werden, in Widerspruch mit einer von ihm selbst bewiesenen Ausnahme, weshalb er auch in der 4. Auflage seines Werkes die ihm von Falck mitgeteilte, jedoch nicht haltbare Erklärung annimmt, daß die tegulae und columnae dem Gebäude bloß äußerlich lose angefügt seien. Ist nämlich ein Sonderbesitz an Sachteilen nicht möglich, werden dieselben also nur in und mit dem Ganzen besessen, so folgt daraus, daß die Sachteile zwar nicht für sich allein ersessen werden können, daß aber die Ersitzung des Ganzen auch auf die Teile sich erstreckt. Von diesem von Savigny aufgestellten und namentlich von Dernburg und Eisele mit Recht verteidigten Satz besteht jedoch, wie Savigny und Eisele[10]) nachweisen, eine

[10]) Savigny a. a. O. S. 265; Dernburg a. a. O. § 221 Anm. 22 S. 518; Eisele a. a. O. S. 501; vgl. ferner Lantz, Bestandteile einer Sache und Zubehör S. 61; Hackfeld-Pflüger, Über Besitz und Ersitzung von Teilen einer Sache § 10 S. 52; and. A. z. B. Windscheid a. a. O. § 75a Anm. 2.

Ausnahme bei Baumaterialien insofern, als sich gemäß D. 6, 1. 23. 7 und D. 41, 7. 11 die Ersitzung des Gebäudes nicht auch auf diese miterstrecken soll, wenn der Grund und Boden und die Baumaterialien verschiedene Eigentümer haben. Der Grund hierfür ist folgender: Während sonst bei gutgläubiger Verbindung einer Sache mit einem Ganzen der Eigentümer vermittels der actio ad exhibendum die Trennung verlangen und sie dann vindizieren konnte, war dies bei Baumaterialien aus wirtschaftlichen Rücksichten durch D. 6, 1. 23. 6 u. 7 und D. 10, 4. 6 ausgeschlossen, eine Bestimmung, die auch schon in den XII Tafeln enthalten war. Es mußte daher für den Eigentümer, der die Ersitzung nicht durch die Vindikation unterbrechen konnte, gesorgt werden, und daraus erklärt sich diese Ausnahme. Mit dieser Ausnahme aber steht der erste Teil der l. 30 § 1 in Widerspruch, so daß er also nicht nur eine Ausnahme von unserer Regel, sondern vor allem auch von dem für Baumaterialien geltenden Ausnahmesatz enthält. Warum nun aber gerade das Fehlen von 10 Tagen Labeo veranlaßt hat, eine Ausnahme nicht nur von unserer Regel, sondern auch von der für Baumaterialien geltenden Ausnahme zu machen, dafür vermag nur Eisele eine befriedigende Erklärung zu geben. Er vertritt a. a. O. folgende Ansicht: Wenn der Besitzer von Baumaterialien diese vor vollendeter Usukapion in ein von ihm besessenes Haus verbaute, so konnte er sie aus den oben angeführten Gründen nicht ersitzen. Nun wurde

aber nach klassischem Recht die Ersitzung durch Anstellung der Vindikation nur dann unterbrochen, wenn es vor Ablauf der Ersitzung zur litis contestatio kam. Die Zeit aber, die erforderlich war, um die Sache bis zur Litiskontestation zu bringen, betrug nach dem Prozeßrecht zur Zeit Labeos mindestens 10 Tage. Daher hatte es keinen Zweck mehr, auf den Eigentümer der Säulen und Ziegel noch Rücksicht zu nehmen, wenn die an der Ersitzung fehlende Zeit so kurz war, daß der Eigentümer die Sache unter keinen Umständen mehr zur litis contestatio bringen konnte. Eisele sucht die Richtigkeit seiner Ausführungen durch Anziehung mehrerer Quellenstellen zu beweisen, gibt aber selbst zu, daß eine genaue Begründung sich nicht geben lasse, sondern nur die Wahrscheinlichkeit für seine Behauptung spreche. Wenn dem aber auch so ist, so verdient doch die Auslegung Eiseles vor allen andern den Vorzug, da nur sie die decem dies befriedigend erklärt. Wir sehen also, daß diese Stelle in jeder Hinsicht eine auf besonderen Gründen beruhende Ausnahmestellung einnimmt, so daß daher ein Gegenbeweis gegen die Regel von der Unmöglichkeit des Sonderbesitzes an Sachteilen aus ihr nicht herzuleiten ist.

Dieses aus den bisher angezogenen Quellenstellen nur mittelbar hergeleitete Prinzip findet nun aber auch in einer ganzen Reihe von Digestenstellen mehr oder weniger unmittelbar seine Bestätigung. Hierher gehört einmal D. 39, 2. 15. 12. Es handelt sich hier um das

damnum infectum und die missio in possessionem. Der Jurist wirft dabei die Frage auf, ob die missio sich auf das ganze Gebäude erstrecken müsse oder nur auf den schadhaften Teil, verneint letzteres jedoch und gibt als Grund hierfür an, daß der Besitz an einem bloßen Teile des Gebäudes nicht möglich sei („. . . quam quis possidere non possit"). Unsere Regel geht ferner hervor aus D. 44, 7. 44. 1, wo es am Schluß heißt: „. . . Sic et in tradendo, si quis dixerit se solum sine superficie tradere, nihil proficit, quo minus et superficies transeat, quae natura solo cohaeret". Tradition bedeutet aber zunächst die Verschaffung des Besitzes,[11]) wie ja überhaupt laut D. 41, 2. 1. 1 der Eigentumsbegriff sich erst allmählich aus der naturalis possessio, der tatsächlichen Gewalt im Sinne der Verkehrsanschauung oder, wie Kreß sagt, dem „Verkehrsbesitz" entwickelt hat. Daher wird Eigentümer von herrenlosen Sachen — „res, quae terra, mari caeloque capinutur" — derjenige, der sie sich zuerst aneignet. Dementsprechend muß in ältester Zeit Erwerb und Übertragung des Eigentums mit dem Erwerb und der Übergabe des Besitzes zusammengefallen sein, wie dies z. B. bei der mancipatio der Fall war. Später erst wurde dieselbe von der tatsächlichen Besitzübertragung losgelöst, ebenso wie das römische Recht auch in der in iure cessio eine Eigentumsübertragung ohne natürliche Besitzüber-

---

[11]) vgl. Savigny a. a. O. S. 264 Anm. 3; Gesterding, Eigentum S. 244; Kreß, Besitz und Recht § 1 II S. 3 u. 4.

gabe kannte. Dagegen enthielt die später regelmäßige und allgemeine Form der Eigentumsübertragung, die formfreie traditio, stets eine tatsächliche Übergabe der Sache, also eine Einräumung des Besitzes, und wurde zum Eigentumsübertragungsmittel erst durch den darauf gerichteten Willen der Parteien. Mithin kann auch diese Stelle als ein Beweis für die Unmöglichkeit des Besitzes an einem Sachteil angeführt werden. Endlich findet sich ein Beleg für unsere Regel auch noch in D. 41, 3. 25. u. 26. Es heißt nämlich in l. 26: „Numquam superficies sine solo capi longo tempore potest“. Fragt man nach dem Grunde dieser Unmöglichkeit, so gibt offenbar l. 25 die Antwort[12]): „Sine possessione usucapio contingere non potest“. Die Ersitzung der superficies für sich allein ist also deshalb nicht möglich, weil sie nicht ohne den Boden, dessen Bestandteil sie bildet, besessen werden kann. Die Unmöglichkeit des Besitzes von Sachteilen geht sodann auch noch hervor aus D. 43, 17. 3. 7, wo die Zulässigkeit des Besitzes an einem Stockwerk oder abgesonderten Wohnraum, also an einem zweifellos wesentlichen Bestandteil eines Hauses, abgelehnt wird. Wäre nämlich derjenige, der quasi dominus in dem cenaculum weilt, Besitzer, so müßte ihm auch das interdictum uti possidetis zustehen. Das verneint der Jurist jedoch mit der Begündung: „semper superficiem solo cedere“. Hausbesitzer sei also in der Regel nur der

---

[12]) vgl. Savigny a. a. O. S. 264 Anm. 3; Holzschuher-Kuntze, Theorie und Kasuistik Bd. 2 S. 19.

untere Bewohner, weil seine Wohnung mit dem Boden zusammenhängt, es sei denn, daß der untere nur eine κρύπτη, eine Kellerwohnung, innehabe. In diesem Falle allerdings schließt sich Ulpianus der lebendigen Verkehrsanschauung an und entscheidet, daß der Inhaber des cenaculum der Besitzer des Hauses sei, wenn er einen besonderen Zugang von der Straße her habe. Jedenfalls also ist immer nur einer Besitzer des ganzen Hauses. Dem widerspricht auch nicht der zweite, durch das Wort ceterum eingeleitete Teil dieses Fragments, der — worauf Savigny[13]) hinweist — einen ganz anderen Fall behandelt, nämlich den, daß jemand das cenaculum nicht quasi dominus, sondern auf Grund einer superficies, d. h. eines Erbbaurechts, innehat. Der Superfiziar allerdings kann ein eigenes dingliches Recht an einem Stockwerk haben, aber auch er wird nicht Besitzer des Stockwerks; es heißt nämlich: „. . . dominus autem soli tam adversus alium, quam adversus superficiarium potior erit interdicto uti possidetis“. Er hat vielmehr lediglich eine iuris quasi possessio nach Maßgabe des abgeschlossenen Vertrages und wird daher gegen den dominus durch eine exceptio geschützt.

Daß endlich dieses Prinzip für alle Bestandteile einer unbeweglichen Sache, insbesondere auch für den Sonderbesitz an stehenden Bäumen zu gelten hat, geht hervor aus D. 19, 1. 40. In dieser Stelle ist der Gedanke ent-

---

[13]) Savigny a. a. O. S. 290/91; vgl. auch Kreß a. a. O. S. 83 mit Anm. 274.

halten, daß Bäume als pars fundi, d. h. als physische Bestandteile des Grundes, nicht auf dem Stamme tradiert werden können, wobei, wie oben erwähnt, bei Tradition zunächst immer an Besitzverschaffung zu denken ist, und daß deswegen der Käufer der Bäume sie nicht ut dominus vindizieren kann, sondern lediglich die actio emti hat.

Was bisher von einer pars fundi bezw. von einer pars aedium, also von den Teilen einer unbeweglichen Sache gesagt ist, muß aber auch von den Bestandteilen einer beweglichen Sache gelten. Denn einmal macht das römische Recht zwischen Mobiliar- und Immobiliarsachenrecht ja überhaupt keinen Unterschied. Sodann verweisen auch die Quellen selbst auf eine ausdehnende Interpretation, nämlich in D. 21, 2. 36 und D. 41, 2. 30 pr., wo das von Gebäuden Gesagte auch auf Schiffe und Schränke ausgedehnt wird. Ebenso geht auch aus dem zweiten Teil der oben erörterten l. 30 § 1 D. 41, 3 hervor, daß die Regel auch für Mobilien gilt. Endlich haben wir noch in D. 10, 4. 7. 1 eine Stelle, in der bezüglich der Teile einer zusammengesetzten beweglichen Sache unmittelbar dasselbe gesagt wird wie in D. 47, 3. 1. 1 bezüglich einer unbeweglichen Sache, nämlich daß der Besitzer des Ganzen nicht daneben auch noch Besitzer der Teile sei.

So kommen wir denn zu dem bereits oben erwähnten Ergebnis, daß nach römischem Recht ein Sonderbesitz an Sachteilen sowohl bei beweglichen wie bei unbeweglichen Sachen ausgeschlossen ist.

§ 4.

Eigentum und Besitz an Sachteilen nach älterem deutschen Recht.

1. Die Gewerelehre des alten deutschen Rechts.

Ehe unsere Frage nach heutigem Recht entschieden werden kann, ist es zuvor erforderlich, einen Blick auf das ältere deutsche Recht und insbesondere auf das Institut der Gewere, die im älteren deutschen Recht die Stelle des Besitzes einnimmt, zu werfen, da unser heutiger Besitzesbegriff nicht mehr der des römischen Rechts ist, sondern eine Verbindung römischrechtlicher und deutschrechtlicher Gedanken darstellt.

Was zunächst den Begriff der Gewere anbetrifft, so definiert ihn Gierke im Anschluß an Huber[1]) als „ein äußeres Verhältnis der Person zur Sache, das von der Rechtsordnung als Erscheinungsform eines Herrschaftsrechtes an der Sache anerkannt ist". Die Gewere ist also einmal ein äußeres Verhältnis zur Sache, nämlich „das faktische Gewaltverhältnis über die Sache".[2]) Sie geht aber andererseils weit darüber hinaus. Denn wie Huber in seiner schon erwähnten Schrift nachgewiesen hat, ist die Gewere die Erscheinungsform aller dinglichen Rechte. Jede Gewere entspricht daher einem tatsächlichen

---

[1]) Gierke, Sachenrecht § 113 S. 187; Huber, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht; vgl. auch Meyer, Entwerung und Eigentum § 1 S. 1 u. 2.

[2]) Meyer a. a. O. § 1 S. 1.

oder zum mindesten aber behaupteten dinglichen Recht, und man unterscheidet daher, je nachdem das zugrunde liegende Recht Eigentum oder ein beschränktes dingliches Recht ist, von der Eigengewere die Satzungsgewere, Lehnsgewere usw. „Tatsächliche Gewalt ohne Behauptung eines dinglichen Rechts gibt keine Gewere.“[3]) Gierke[4]) bezeichnete die Gewere daher treffend als „das Kleid des Sachenrechts“. Umgekehrt hat die Gewere aber auch als die normale Erscheinungsform der dinglichen Rechte, wenn Gewere und dingliches Recht auseinanderfallen, die Vermutung für das Dasein des in ihr erscheinenden Rechtes so lange für sich, bis das Gegenteil sich herausstellt. Sie ist also stets auch ein formales Legitimationsmittel. Man bezeichnet heute diese beiden Funktionen in der Regel als die Publizitätswirkungen der Gewere. Ich will hier zwei Stellen aus der von Stein verfaßten „Abhandlung des Lübischen Rechts“ nicht unerwähnt lassen, in denen diese beiden Publizitätsfunktionen der Gewere klar ausgesprochen sind. Er sagt nämlich in liber III tit. II § 68 (S. 107), nachdem er das Eigentum als dingliches Recht bezeichnet hat: „. . . so folget daraus von selbsten, daß solches nichts sichtliches sey; man es auch also einer Sache nicht ansehen könne, wer davon Eigentümer ist, sondern daß man selbiges erst aus sonstigen Umständen, so in die Augen fallen, schließen, und ab-

---

[3]) Huber a. a. O. S. 22.

[4]) Gierke, Fahrnisbesitz S. 2.

nehmen müsse. Diese Umstände nun müssen so beschaffen seyn, daß sie von dem Eigentumsrechte genugsam zeugen können: Dahero hat man denn vornemlich auf das Betragen der Leute in Obsicht auf die Sache zu sehen, da wird man finden, daß derjenige, so eine Sache sich besonders zueignet, und zueignen kann, selbige auch in Besitz nimmt, und hiernächst auch solche nützet und gebrauchet", und weiter a. a. O. § 69 (S. 107 u. 108): „... bey weme unsere Vorfahren den Besitz einer Sachen vorgefunden, den haben Sie, und dies nicht Unrecht, vor den Eigentümer derselben so lange gehalten, donec probetur contrarium". Die Frage, wer denn nun eigentlich als Gewereinhaber zu betrachten ist, wird für Liegenschaften und Fahrnis verschieden beantwortet. Gewere an Liegenschaften hat, wer sie, wie es in den Quellen heißt: „in nut und in gelde" hat, d. h. also ihre wirtschaftlichen Nutzungen zieht,[5]) Gewere an Fahrnis dagegen hat, wer sie in seinem Gewahrsam hat.[6]) Bei Liegenschaften wurde jedoch nicht nur demjenigen eine Gewere zugesprochen, der unmittelbar die Nutzungen zog, sondern auch demjenigen, der sie nur mittelbar durch den Bezug von Diensten, Zehnten und Zinsen zog, so daß also an einer Liegenschaft eine mehrfache Gewere möglich

---

[5]) Sächs. Lehnrecht 14 § 1 in Kraut, Grundriß § 68 Nr. 30 S. 164; Bremer StatO. 6, ebenda § 69 Nr. 1 S. 165; Richtst. Landr. 26 § 6, ebenda § 69 Nr. 8 S. 166; vgl. Gierke, Sachenrecht S. 190 ff.; Meyer in der Festgabe für Dahn Bd. 3 S. 281.

[6]) Sachsenspiegel Landr. II, 60 u. III, 7, 4.

war.[7]) Neben dieser leiblichen Gewere erkannte man endlich allmählich auch noch eine Gewere in Fällen an, in denen ein physisches Gewaltverhältnis nicht bestand, nämlich den Erwerb einer Gewere durch Auflassung, durch Urteil und durch Erbgang, sowie die Fortdauer einer Gewere im Falle gewaltsamer Entwerung. Man bezeichnet sie heute im allgemeinen als ideelle Gewere.[8]) Neben der Gewere an körperlichen Sachen entwickelte sich aber auch eine Gewere an Rechten, und zwar vor allem an Zinsen, Zehnten und Renten. So heißt es z. B. im Hamburger Stadtrecht II, 1 S. 12: „. . . de den ervetyns gekoft hevet unde in synen weren hevet, de schal . . .“ Dasselbe findet sich auch in den Magdeburger Fragen II, 1, 4, sowie in den Goslarer Statuten S. 25 Ziff. 31 ff. Ebenso gab es auch eine Gewere an Grundgerechtigkeiten, was hervorgeht aus den Magdeburger Fragen I, 19, 2 und dem Glogauer Rechtsbuch Kap. 130, sowie auch an allen lehnbaren Rechten.[9])

Wir kommen nunmehr zu der eigentlichen hier interessierenden Frage, ob nämlich eine besondere Gewere auch an den Bestandteilen eines körperlichen Gegenstandes

---

[7]) Gierke, Sachenrecht S. 190, Fahrnisbesitz S. 6; Huber a. a. O. S. 28 ff.; Brunner, Grundzüge S. 184.

[8]) Gierke, Sachenrecht S. 192; Heusler, Institutionen Bd. 2 S. 33 ff.; Brunner S. 185; Albrecht S. 23 ff., der sie „juristische“ Gewere nennt.

[9]) vgl. auch Huber a. a. O. S. 26; Gierke, Sachenrecht § 113 S. 202; Heusler a. a. O. Bd. 1 S. 339 ff.

möglich war. Und da, wie oben ausgeführt ist, jede Gewere einem dinglichen Rechte entsprach, so ist diese Frage gleichbedeutend mit der nach der Möglichkeit des Bestehens eines dinglichen Rechtes an Sachteilen. Während im römischen Recht durchweg nicht nur hinsichtlich der dinglichen Rechte, sondern auch hinsichtlich des Besitzes die Regel galt: Einheit der Sache, Einheit des Rechts, nahm das ältere deutsche Recht hier einen andern Standpunkt ein. Es läßt sich hierbei, worauf besonders Meyer[10]) hinweist, wesentlich von wirtschaftlichen Gesichtspunkten leiten und läßt daher, wenn dies dem wirtschaftlichen Zweck entspricht, besondere dingliche Rechte und damit eine Sondergewere auch an Sachteilen zu, soweit sie ein tatsächliches Machtverhältnis zulassen. Es findet sich eine Sondergewere einmal an Gebäuden. Wir haben hier eine ganze Reihe von Quellenzeugnissen, aus denen dies einwandfrei hervorgeht. So wird z. B. nach dem Sachsenspiegel, Landrecht I, 20 §§ 1 u. 2[11]) die Frau Eigentümerin des Hauses, das auf dem Grundstück des Mannes aus dem Holz errichtet war, das ihr der Mann zur Morgengabe geschenkt hatte. Es heißt hier nämlich: „Des morgens, als her mit ir zu tische gêt: vor dem ezzene, âne erben gelob so mac her ir geben . . . gezûne und gezimbere", und dann weiter in § 2: „Swô der vrowen die stat nicht en ist mit deme gebûwe, als ir man stirbt, binnen sechs wochen nâch deme drîzigsten

[10]) Meyer in der Festgabe für Dahn Bd. 3 S. 285—287.

[11]) Weiske, Der Sachsenspiegel 9. Aufl. 1911.

tage sal sie mit dême gebûwe rûmen, so daz sie der erde nicht en wunde. Bûtet sie ez aber zu lôsene nâhe der gebûre kore, jeneme, des di stat ist ..." Der gleiche Grundsatz findet sich auch im Schwabenspiegel,[12]) Landrecht § 187, sowie ferner im Sachsenspiegel II, 21 §§ 1 u. 2 und III, 38 § 4 ausgesprochen; überall darf die Frau über das ihr zur Morgengabe geschenkte Haus frei verfügen, wie dies ja seinem wirtschaftlichen Zweck entspricht. Diese Möglichkeit der besonderen Eigengewere an Häusern begegnet uns auch noch in anderen deutschen Rechtsgebieten, so z. B. im friesischen Recht. Es heißt hier[13]) an einer Stelle: „Item quodsi aliquis conducens aream aliquam ... pensionem promissam solvere nequeat, domus que in area fundata, dum sit domino fundi pro pensione tacite obligata sine eius consensu nemini vendi potest". Auch hier wird der Eigentümer des fundus nicht Eigentümer des auf seinem Grund und Boden errichteten Gebäudes. Ferner führt noch Gengler[14]) eine Stelle aus dem Braunschweiger Stadtrecht an, nach der eine rechte Gewere an einem Gebäude neben einer solchen einer Bauhufe anerkannt wird, was aus der gebrauchten Wendung domum aut aream hervorgeht. Die Stelle lautet: „Quicunque domum aut

---

[12]) Der Schwabenspiegel, herausgegeben von Laßberg 1810.

[13]) Friesisches Recht von 1327 (Appingadammer Bauernbrief) § 3; in Richthofen, Friesische Rechtsquellen 1840 S. 296.

[14]) Gengler, Deutsche Stadtrechtsaltertümer S. 384, Braunschweig, Jura Indag. § 10 S. 2b.

aream . . . in civitate emerit, et annum et diem pacifice possederit, et pax ei secundum ius civitatis facta fuerit, nullas eum de cetero super eadem re poterit inquietare". Der Sachsenspiegel behandelt also, wie wir gesehen haben, entsprechend den damaligen wirtschaftlichen Verhältnissen die noch ganz aus Holz hergestellten Gebäude geradezu als Fahrnis, die mit dem Grund und Boden nur in losem Zusammenhang steht, und läßt sich daher ganz von wirtschaftlichen Momenten bei ihrer rechtlichen Behandlung beherrschen. Aber auch in späteren Zeiten, in denen die Häuser bereits massiv gebaut wurden und damit zu unbeweglichen partes fundi wurden, bleibt die wirtschaftliche Zweckbestimmung maßgebend, und man erkennt nach wie vor Sondereigentum und Sondergewere an Häusern an.

Aber nicht nur ein Sondereigentum am ganzen Hause war möglich, sondern es findet sich sogar hier und da ein Eigentum an den verschiedenen Stockwerken eines Hauses. Es geht dies z. B. aus der Frankfurter Reformation von 1578 Teil VI Titel IV § 1, 6 hervor, wo es heißt: „Wir Ordnen und wöllen auch insonderheyt, Wann ein Behausung in der Erbschaft soll geteilt werden, die aber füglich und ohne Mißstand nicht zu teilen wäre: Daß sie in alle wege gantz, und nicht (Exempelweiß) einen Theil unden der Köller, dem andern das erst, widerumb dem andern das zweyt, oder oberst Stockwerk zugeteilt soll werden: Wie denn von Alters her in dieser Statt sehr gebräuchlich (wie noch

vor Augen) gewesen ist". Dieselbe Rechtsauffassung findet sich auch in einem Magdeburger Schöffenurteil, in dem von einer rechten Gewere an „ein halp haus unde eine halbe gewandkammer" [15]) gesprochen wird.

Endlich war auch noch Sondereigentum und mithin Sondergewere an stehenden Früchten, insbesondere auch an stehenden Bäumen möglich, ein Rechtssatz, der bereits aus der fränkischen Zeit stammt. So heißt es beispielsweise in der Lex Salica [16]) Cap. 27 § 19: „Si quis arborem post annum quod fuit signatus praesumpserit, nullam habeat culpam". Hier tritt also bereits der Gedanke hervor, daß derjenige, der einen Baum mit seinem Zeichen versehen und dadurch seinen Anspruch auf ihn allen sichtbar gemacht hat, nach Ablauf eines Jahres die rechte Gewere erlangt hat und daher befugt ist, ihn wegzunehmen. Ähnlich heißt es in dem Edictus Rothari [17]) Cap. 319: „Si quis de arbore signato in silva alterius apes tulerit, conponat solidûs sex. Nam si signatum non fuerit, tunc quicumque invenerit, iure naturalè habeat sibi, excepto in gahagio regis". Gezeichnete Bäume stehen also offenbar im Eigentum eines andern und dürfen daher nicht weggenommen werden, nicht gezeichnete dagegen unterliegen dem freien Aneignungs-

---

[15]) vgl. Lörsch-Schröder, Urkunden zur Geschichte des deutschen PrivR. Nr. 324 S. 236.

[16]) Lex Salica, herausgegeben von Behrend 1874.

[17]) Edictus ceteraeque Langobardorum leges, ed. Bluhme 1869.

recht, außer in Bannforsten. Denselben Rechtssatz finden wir ferner bezüglich der Feldfrüchte im Sachsenspiegel II, 58 § 2 ausgesprochen: „Des mannes sât, die he mit sime pluge wirket, die is verdenet, als die egede dar over gat; unde die garde, als he geseit unde geharket is" sowie im Sachsenspiegel III, 76 § 4: „Stirbet aber die vrowe nâh der sât, als die egede daz lant begangen hât, die sât ist ires mannes, unde her en ist da niemanne nicht pflichtig abe zu gebene, pflege noch zins, dâr sie nichein zinsgelde abe en was". Endlich heißt es im Schwabenspiegel, Landrecht § 149: „Nimt ein mann eine witwen div gut hat, daz man mit dem pfluge buwet. stirbet si man sol daz gut wider gen, und ist daz gesaet, der man nimt den nutz mit rechte dar abe . . ." und in § 218: „Des mannes sat ist verdienet, die er mit seinem phluge würket; so dü egede drabe gat". In allen diesen Stellen ist es deutlich ausgesprochen, daß das Eigentum an Feldfrüchten schon vor ihrer Trennung demjenigen zusteht, der das Feld bestellt hat, was man wohl auch durch die Parömie ausdrückt: Wer säet, der mähet. Das deutsche Recht erkannte also, wie wir gesehen haben, Gewere und dingliche Rechte an Häusern, Stockwerken und stehenden Früchten an, d. h. an solchen Sachteilen, die eine abgesonderte Raumherrschaft zulassen. Dieses Prinzip wurde ja nun zwar durch die Rezeption in seiner allgemeinen Gültigkeit verdrängt, insbesondere ist auch die Gewere vollständig verschwunden. Jedoch vermochte sie es nicht, diesen auf wirtschaftlichen Erwägungen be-

ruhenden Gedanken ganz zu ertöten, vielmehr hat sich derselbe in zahlreichen Partikularrechten erhalten und ist insbesondere auch in das allgem. Landrecht übergegangen, das Besitz sowohl wie Eigentum an Sachteilen, wenn auch in noch beschränkterem Umfange wie das alte deutsche Recht, kennt.

2. Das allgem. Landrecht.

Völlig unbekannt war dem allgem. Landrecht ein Stockwerkseigentum, während hingegen an den einzelnen Teilen und Räumlichkeiten eines Gebäudes ein Sonderbesitz sehr wohl stattfinden konnte.[18] Dagegen erkannte das allgem. Landrecht die Möglichkeit eines Eigentums an Gebäuden an, ohne daß zugleich auch Eigentum an Grund und Boden zu bestehen brauchte. Baute z. B. der Pächter eines Grundstücks auf diesem Gebäude auf, so blieb gemäß ALR. I, 9 § 333 der Verpächter Eigentümer des Grund und Bodens, der Pächter aber Eigentümer des Baus.[19] Ausdrücklich anerkannt wird diese Möglichkeit in ALR. I, 9 § 98, wo es heißt: „Der, welchem bloß das Eigentum einer Oberfläche oder eines darauf errichteten Gebäudes, nicht aber des Grund und Bodens zukommt ..." Daher erklärt denn auch das Gesetz über den Eigentumserwerb in § 30 als mit dem Grundstück verpfändet nur „die auf dem Grundstücke be-

---

[18]) vgl. Koch, Komm. Bd. 1 Anm. 31 zu I, 2 § 41 S. 99.

[19]) vgl. Koch a. a. O. Anm. 78 zu I, 9 § 333 S. 542; Strietborsts Arch. Bd. 17 S. 19.

findlichen oder nachträglich errichteten, dem Eigentümer gehörigen Gebäude".

Was endlich die Behandlung der Früchte einer Sache anbelangt, so werden diese in ALR. I, 2 §§ 45 u. 50 als „Pertinenzstücke oder Zubehör" bezeichnet. An und für sich bestimmt ja nun zwar ALR. I, 2 § 105 über ihre rechtlichen Schicksale: „Pertinenzstücke nehmen, solange sie bei der Hauptsache sind, an allen Rechten derselben teil", jedoch galt dieser Grundsatz nicht ausnahmslos, es konnten vielmehr Sonderrechte, insbesondere Besitz und Eigentum an ungetrennten Früchten bestehen, wodurch diese dann gemäß I, 2 § 108 in Verb. mit I, 2 § 60 ihre Pertinenzeigenschaft verloren und zu selbständigen Sachen wurden. Es ist dies namentlich eingehend in der grundlegenden Entscheidung des Obertribunals v. 9. 5. 1845 [20]) speziell bezüglich auf dem Stamm verkaufter Bäume dargelegt worden. Schon in der Bestimmung des § 31 I, 2 will das Gericht einen Beweis dafür sehen, daß Bäume ebenso wie andere natürliche Zuwüchse und insbesondere die in § 4 erwähnte Aussaat als Pertinenzstücke anzusehen sind, und daß daher die §§ 60 u. 108 auch auf sie Anwendung finden müssen, also Sondereigentum an ihnen möglich ist. Doch dürfte diese Argumentation wohl kaum richtig sein. Vielmehr ist Koch [21]) darin beizustimmen, daß aus der Bestimmung dieses

---

[20]) Entsch. d. OTr. Bd. 11 S. 201 ff.

[21]) vgl. Koch, Komm. Bd. 1 Anm. 24 zu I, 2 § 31 S. 97.

Paragraphen nicht gefolgert werden kann, daß der in ihm genannte Fall im allgemeinen als vorliegend anzunehmen sei, sondern daß gerade umgekehrt diese Beurteilung nur im speziellen Falle Platz greifen soll, wenn nämlich der im § 31 erwähnte Fall vorliegt. Für diese Auffassung und nicht für die des Obertribunals sprechen durchaus die am Eingang des Paragraphen gebrauchten Worte: „In sofern ..." Jedoch andere, stichhaltige Gründe lassen sich anführen. Im ALR. I, 11 §§ 582 ff. ist der Verkauf von Früchten auf dem Halm ganz allgemein für zulässig erklärt und hinsichtlich der Übergabe in § 586 bestimmt worden: „Die Übergabe ist für geschehen zu erachten, sobald die Sache von dem Käufer in seinen Gewahrsam oder Obsicht genommen worden". Daß das Landrecht aber auch bei anderen Akzessionen als bei eigentlichen Früchten, insbesondere bei Bäumen, schon vor der Trennung von der Hauptsache Sonderbesitz und Sondereigentum zuläßt, geht namentlich aus ALR. I, 22 §§ 199 u. 200 hervor, wo ein vom Grundstück losgelöstes Sondereigentum an Bäumen ausdrücklich anerkannt wird. Wenn aber Sondereigentum und Sonderbesitz bestehen können, so müssen sie natürlich auch entstehen können. Auch kann ferner der § 491 Ziff. 5 Titel 50 AGO. angezogen werden, wo dem Anschlag von verkauftem Holz offenbar die Bedeutung des Eigentumsüberganges beigemessen wird. Auf eine weitere Bestimmung des allgem. Landrechts, in der ein vom Grundstückseigentum gesondertes Eigentum an Früchten desselben anerkannt

wird, weist Biermann[22]) hin, nämlich auf I, 9 § 221. Dieser bestimmt: „Die Früchte einer Sache sind gleich bei ihrem Entstehen das Eigentum desjenigen, welcher das Nutzungsrecht der Sache hat“. Somit wird also z. B. der Nießbraucher eines Grundstücks schon vor der Trennung der Früchte von der Hauptsache Eigentümer derselben. Alle diese Bestimmungen beweisen m. E. einwandfrei die Richtigkeit der angeführten Entscheidung des Obertribunals, die auch fast durchweg anerkannt wird. Ich nenne hier Biermann in seinem bereits obenerwähnten Aufsatz, ferner J. A. Gruchot in Gruchots Beitr. Bd. 4 S. 433 ff., Dernburg, während Förster[23]) die Entscheidung bekämpft und auch Eccius ihre Richtigkeit für zweifelhaft erklärt. Andererseits vertritt die Praxis durchweg diesen Standpunkt, beispielsweise das Obertribunal in zwei in Striethorsts Archiv[24]) angegebenen Entscheidungen, sowie auch das Reichsgericht in einem in JurW. 1905 S. 280 Nr. 1 angeführten Urteil.

§ 4.

Eigentum und Besitz an Sachteilen nach heutigem Recht.

Nach heutigem Recht erledigt sich die Frage hinsichtlich des Eigentums sehr einfach. Denn da Bäume

---

[22]) Biermann, Superficies solo cedit, in Iherings Jahrb. Bd. 34 S. 219 ff.

[23]) Dernburg, Preuß. PrivR. Bd. 1 S. 335; Förster-Eccius, Preuß. PrivR. Bd. 3 S. 39.

[24]) Striethorsts Arch. Bd. 56 S. 95, Bd. 65 S. 98.

Erzeugnisse des Grundstücks sind, auf dem sie wachsen, und daher gemäß § 94 BGB. zu den wesentlichen Bestandteilen desselben gehören, so ist damit auch die Möglichkeit eines Sondereigentums an stehenden Bäumen ausgeschlossen, da wesentliche Bestandteile gemäß § 93 BGB. überhaupt nicht Gegenstand besonderer dinglicher Rechte sein können.

Was sodann die Möglichkeit eines Sonderbesitzes an Sachteilen anbetrifft, so muß zu der Entscheidung dieser Frage auf den Besitzesbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs näher eingegangen werden. Es ist schon oben von mir darauf hingewiesen worden, daß unser heutiger Besitzesbegriff eine Verschmelzung römisch- und deutschrechtlicher Gedanken enthält, insbesondere ist eine Einwirkung der Gewerelehre unverkennbar. Wenn das Bürgerliche Gesetzbuch in § 854 die tatsächliche Gewalt der Person über die Sache als das Merkmal des Besitzes aufstellt, so steht es damit zweifellos auf römischrechtlichem Boden. Daß es aber nicht mehr der reine römische Rechtsbegriff ist, sehen wir sofort daraus, daß ein juristisch bedeutsamer Wille nicht mehr erfordert wird. Durch dieses Haften an der tatsächlichen Gewalt ergibt sich aber auch zugleich ein tiefgreifender Unterschied von der deutschrechtlichen Gewere. Denn während die Gewere sich in einzelnen Fällen von dem physischen Gewaltverhältnisse loslöste und so zur ideellen Gewere wurde, ist dem heutigen Recht ein entsprechendes Verhältnis völlig unbekannt. Deutlich jedoch tritt der Einfluß der Gewere hervor bei der Ausgestaltung

des Umfanges des Besitzesbegriffs. So wie eine mehrfache Gewere an ein und derselben Sache möglich war, ist heute gemäß §§ 868 u. 871 BGB. ein mehrfacher Besitz möglich. Dem deutschen Recht entstammt ferner die durch § 857 festgesetzte Vererblichkeit des Besitzes, eine Bestimmung, durch die sich der heutige Besitzesbegriff am weitesten von der römischen possessio entfernt und auf Grund deren viele den Besitz geradezu als ein dingliches Recht betrachtet wissen wollen, worüber jedoch noch zu sprechen sein wird. Rein deutschen Ursprungs ist endlich auch die Bestimmung des § 865, worin ein Besitz an Sachteilen, insbesondere an abgesonderten Wohnräumen, also zweifellos wesentlichen Bestandteilen eines Hanses, anerkannt wird. In den Motiven [1]) werden als weitere Beispiele angeführt der Sonderbesitz an Tunnels, Kloaken und Viadukten. Gestützt hierauf nimmt daher die Theorie sowohl wie die Praxis an,[2]) daß in Verallgemeinerung dieses Paragraphen ein Sonderbesitz an wesentlichen Bestandteilen anzuerkennen ist. Wenn die Frage nach der Möglichkeit des Sonderbesitzes an wesentlichen Bestandteilen nach heutigem Recht somit zweifellos zu bejahen ist, so fragt es sich jedoch, ob ein Sonderbesitz nur an

---

[1]) Mot. Bd. 3 S. 114.

[2]) Staudinger Bd. 3 Anm. 1c zu § 865; Planck Bd. 3 Anm. zu § 865; Maenner, Sachenrecht S. 129; Crome, System Bd. 3 S. 35; Endemann, Lehrb. Bd. 2 Anm. 3 zu § 6 S. 27; Windscheid, Pand. Bd. 1 S. 696; Entsch. d. OLG. Bd. 3 S. 27 ff.; Entsch. d. RG. in JurW. 1905 S. 280 Nr. 1.

solchen Sachteilen möglich ist, die eine Raumherrschaft zulassen, oder auch anderen Bestandteilen. Diese Frage ist nicht nur für die körperlichen Sachteile von Bedeutung, sondern auch dafür, ob über die vom Bürgerlichen Gesetzbuch in den §§ 1029 u. 1090 Abs. 2 anerkannten Fälle einer iuris quasi possessio hinaus ein Sonderbesitz auch an den nach § 96 wie Bestandteile eines Grundstücks zu behandelnden Rechten möglich ist. Da nun der vom Bürgerlichen Gesetzbuch zugelassene Sonderbesitz an Sachteilen, wie wir gesehen haben, rein deutschrechtlichen Ursprungs ist, so dürfte ein Zurückgreifen auf die Gewere am ehesten zur Beantwortung der eben aufgeworfenen Frage und zur richtigen Auslegung des § 865 beitragen. Vergegenwärtigen wir uns daher nochmals, an welchen Sachteilen eine besondere Gewere möglich war: es sind Häuser, Stockwerke und Bodenerzeugnisse. Hierbei ist zu beachten, daß die Möglichkeit einer Gewere stets auch der Möglichkeit eines dinglichen Rechts entsprach, während dies beim heutigen Besitz nicht der Fall ist, und daher ein solcher auch da stattfindet, wo ein besonderes dingliches Recht nach § 93 BGB. ausgeschlossen ist. Wir sehen nun sofort, daß eine besondere Gewere nur an solchen Sachteilen anerkannt wurde, über die eine physische Herrschaft durch ein Nutzen oder Haben ausgeübt werden konnte. Daher wird man auch heute einen Sonderbesitz nur an solchen Sachteilen zulassen dürfen, die eine abgesonderte Raumherrschaft gewähren. Denn nutzen und haben oder — um den Ausdruck des Bürgerlichen Gesetz-

buchs zu gebrauchen — in seiner tatsächlichen Gewalt haben kann man nur, wie dies in Bd. 52 S. 389 der Entscheidungen des Reichsgerichts ausgeführt ist, individuell bestimmte Gegenstände. Dazu gehört aber, daß der betreffende Gegenstand seinem Umfange nach genau bestimmt und imstande ist, ein wirtschaftlich selbständiges Dasein zu führen, während hingegen eine rechtliche Selbständigkeit nicht erforderlich ist. Es können also nie Bruchteile im besonderen Besitz stehen,[3]) da sie etwas rein Gedachtes sind und somit der notwendigen Individualität entbehren, d. h. eine Raumherrschaft nicht gewähren. Außer den bereits genannten Beispielen ist daher ein Sonderbesitz z. B. auch möglich an den Fächern eines Schrankes, nicht aber etwa an den Ärmeln eines Rockes sowie an einem großen Teil der im § 96 BGB. genannten Rechte, da diese in vielen Fällen eine Raumherrschaft überhaupt nicht gewähren.

Was nun insonderheit den Besitz von Bodenerzeugnissen und namentlich an Bäumen anbetrifft, so ist die Frage nach der Möglichkeit eines solchen Sonderbesitzes bestritten. Kreß,[4]) Strohal, Kniep und Paech z. B. verneinen sie, weil die Ausübung der tatsächlichen Gewalt ohne gleichzeitigen Besitz des Grund und Bodens nicht

---

[3]) vgl. Crome, System Bd. 3 § 346 S. 36.

[4]) Kreß a. a. O. S. 276 mit Anm. 768; Kniep, Besitz des BGB. gegenübergestellt dem röm. und gem. R. S. 69/70; Strohal, Der Sachbesitz, in Iherings Jahrb. Bd. 38 S. 32ff.; Paech, Bestandteil und Zubehör S. 31.

möglich sei. Ich meine jedoch, daß dies nicht den Tatsachen entspricht. Wenn z. B. in einem Falle wie dem den Gegenstand dieser Erörterung bildenden die Käufer einzelner Bäume verpflichtet sind, die von ihnen gekauften Bäume selbst fällen zu lassen, so liegt hierin allerdings die Erlaubnis enthalten, das Grundstück zu diesem Zweck frei betreten zu dürfen. Jedoch ist dies noch keineswegs eine Einräumung des Besitzes bezw. Mitbesitzes an denjenigen Stücken des Grund und Bodens, auf denen die Bäume stehen, weil diese Stücke nicht fest begrenzt sind und es daher an der nötigen Bestimmbarkeit des Objektes fehlt, an dem der Besitz bezw. Mitbesitz eingeräumt werden könnte. Gleichwohl liegt in der Fällung der Bäume eine Ausübung der Gewalt, wie man sie sich tatsächlicher überhaupt nicht denken kann. Daher sind denn auch Staudinger, Bendix, Biermann, Dernburg[5]) u. a. übereinstimmend der hier vertretenen Ansicht, daß ein Sonderbesitz an stehenden Bäumen sehr wohl möglich ist.

§ 6.

Die rechtliche Natur des Besitzes nach bürgerlichem Recht.

Nachdem wir im vorigen Paragraphen unserer Untersuchung zu dem Resultat gekommen sind, daß nach heu-

[5]) Staudinger a. a. O.; Bendix, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 571; Biermann, Sachenrecht Anm. zu § 865; Dernburg, Sachenrecht § 15 S. 54.

tigem Recht Besitz an Sachteilen, soweit sie eine Raumherrschaft zu lassen, insbesondere auch an stehenden Bäumen, möglich ist, bleibt es uns nun noch übrig, zu prüfen, ob die Käufer stehender Bäume durch die Besitzübertragung in ein dingliches Verhältnis zu ihnen getreten sind, oder m. a. W. ob der Besitz ein dingliches Recht ist oder nicht. Diese Stellungnahme aber ist erforderlich, um später entscheiden zu können, ob der § 69 VVG. auch dann zur Anwendung zu gelangen hat, wenn der Käufer einer Sache beim Eintritt des Versicherungsfalles nur den Besitz und noch nicht das Eigentum erlangt hatte.

Die Frage nach der rechtlichen Natur des Besitzes ist heute noch ebenso bestritten wie im römischen Recht, da das Bürgerliche Gesetzbuch sie nicht entscheidet und man daher nur auf indirekte Hinweise und Schlußfolgerungen angewiesen ist. Für die Rechtsnatur des Besitzes führt man in der Regel die Vorschrift des § 857 an, daß der Besitz vererblich sei, sowie auch die Bestimmung des § 268 Abs. 1 Satz 2, in welcher der Besitz den Rechten an einem Gegenstande, d. h. also den dinglichen Rechten,[1]) ausdrücklich gleichgestellt wird. So finden sich denn auch namhafte Vertreter der Wissenschaft, die den Besitz als dingliches Recht bezeichnen, wie z. B. Staudinger, Oertmann, Landsberg, O. Fischer, Gierke,[2]) welch

---

[1]) vgl. Fischer-Henle, Handausg. Anm. 2 zu § 268 S. 167.

[2]) Staudinger, Komm. Bd. 2 S. 1594; Oertmann, Schuldverh. Anm. 3d zu § 823 S. 945; Landsberg, Recht des BGB. Bd. 2

letzterer die Rechtsnatur des Besitzes direkt auf den Einfluß der Gewere zurückführen will.

Gegen die Rechtsnatur des Besitzes führt man einmal den oben eingehend besprochenen § 865 an, durch den ein Sonderbesitz auch an wesentlichen Bestandteilen anerkannt ist, während § 93 bestimmt, daß wesentliche Bestandteile nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können. Ferner wollen viele auch aus der Bestimmung des § 268 Abs. 1 Satz 2 folgern, daß der Besitz kein Recht sei, da sonst seine ausdrückliche Erwähnung in diesem Paragraphen vollständig überflüssig wäre. Endlich läßt sich auch aus der systematischen Stellung des Besitzesabschnittes im Bürgerlichen Gesetzbuch, nämlich vor den allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken und völlig getrennt von den übrigen dinglichen Rechten, ein Schluß gegen die Rechtsnatur des Besitzes ziehen, in welchem Falle man dann die Bestimmung des § 857 als eine positive Ausnahmebestimmung bezeichnen muß, da ja sonst nur Rechte vererblich sind. Die letztere Ansicht wird beispielsweise vertreten von Sokolowski,[3]) der den Besitz als einen „vom Recht anerkannten sozialen Zustand", als „Rechtsherrschaft" bezeichnet, ferner von Strohal, Endemann, Maenner, Planck[4]) und anderen. Keine

S. 622; Fischer-Henle, Handausg. Einleitung S. XX; Gierke, Sachenrecht S. 213.

[3]) Sokolowski, Besitz S. 247.

[4]) Strohal a. a. O. S. 56; Endemann, System Bd. 3 § 342 Anm. 21 S. 15; Maenner a. a. O. § 14 S. 124; Planck, Komm. Bd. 2 Anm. II f δ zu § 823 S. 973.

endgültige Stellung hat das Reichsgericht in diesem Streit genommen, der praktische Bedeutung bei der Frage erlangt hat, ob der Besitz zu den durch § 823 Abs. 1 geschützten Rechtsgütern gehört. Vielmehr läßt es in Entsch. Bd. 59 S. 328 diese Frage unentschieden, da die Bestimmungen der §§ 858 ff. ohne Frage Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 sind und daher der Besitz auf jeden Fall durch Abs. 2 dieses Paragraphen geschützt ist. Jedenfalls kann man wohl sagen, daß die überwiegend in der Literatur vertretene Ansicht, und zwar m. E. aus den oben angeführten Gründen mit vollem Recht, die Rechtsnatur des Besitzes leugnet. Er stellt vielmehr lediglich die tatsächliche Herrschaft über eine Sache dar im Gegensatz zur rechtlichen. An diese tatsächliche Güterordnung knüpfen sich ja nun allerdings weitgehende rechtliche Folgen, insbesondere wird der Besitz gegen jede Störung seitens eines Dritten von der Rechtsordnung geschützt. Aber auch hierdurch verändert sich nicht die Natur des Besitzes als eines bloß tatsächlichen Zustandes. Dieser dem Besitz gewährte Schutz ist vielmehr lediglich eine im Interesse der Ruhe und Sicherheit des Rechtslebens und der Güterordnung getroffene Regelung, die uns sofort verständlich wird, wenn wir uns die oben erwähnte Publizitätsfunktion des Besitzes vergegenwärtigen. Nicht deshalb, weil er selbst ein dingliches Recht ist, wird der Besitz geschützt, sondern weil er die Erscheinungsform zahlreicher dinglicher Rechte ist und daher seine Aufrechterhaltung im Interesse der Rechts-

ordnung liegt. Man kann ihn daher wohl mit Crome[5]) als ein vom Recht geregeltes Verhältnis einer Person zu einer Sache bezeichnen.

Hieraus folgt also, daß der Käufer einer Sache durch die Besitzverschaffung allein noch nicht in ein dingliches Verhältnis zur Sache getreten ist.

---

[5]) Crome a. a. O. § 342 S. 16.

Zweiter Teil.

Die Bedeutung der Parteiabrede für den Versicherungsfall.

§ 7.

Der Begriff des Versicherungsvertrages und des Interesses.

Nachdem im ersten Teil dieser Abhandlung die Frage nach der Möglichkeit eines Sonderbesitzes an stehenden Bäumen bejaht ist, ist nunmehr in eine Prüfung der Frage einzutreten, welche Wirkungen sich aus dieser Sachlage auf das bestehende Versicherungsverhältnis ergeben.

„Der Versicherungsvertrag ist ein Vertrag, wonach der eine Vertragsgenosse (Versicherer) ein Risiko übernimmt gegen eine von dem anderen Teile (Versicherungsnehmer) zu erstattende Gegenleistung."[1]) Bezüglich des Gegenstandes der Versicherung bestand lange Zeit eine Kontroverse. Entsprechend dem Sprachgebrauche des täglichen Lebens betrachtete man lange Zeit bei der Personenversicherung die Person, bei der Sachversicherung die Sache selbst als Gegenstand der Versicherung. Diesen Standpunkt vertrat z. B. noch das allgem. Landrecht, wie aus

[1]) Kohler in Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 6 S. 363.

der Ausdrucksweise des § 1952 Abs. 2 Satz 8 sowie auch der übrigen Paragraphen dieses Titels klar hervorgeht. Ebenso ist auch in den älteren Entscheidungen des Reichsgerichts und der Oberlandesgerichte diese Anschauung durchweg vertreten.[2])

Gegen diese Auffassung machte jedoch die neuere Theorie entschieden Front und behauptete, daß nicht die Sache, sondern vielmehr das Interesse, das jemand an der Unversehrtheit einer Sache bezw. überhaupt an dem Nichteintritt eines bestimmten Ereignisses habe, den Gegenstand der Versicherung ausmache.[3])

Was man unter Interesse zu verstehen hat, definiert Manes[4]) mit den Worten: „Ein Interesse besteht für jemand an einer Person, an einer Sache, einem Vermögen, wenn er durch Ereignisse, welche sich an diesem betätigen, einen Vorteil erreichen oder einen Nachteil erleiden kann". Der entscheidende Umschwung in diesem Widerstreit der Meinungen ist mit der gesetzlichen Regelung des Seeversicherungswesens durch das allgem. deutsche Handelsgesetzbuch eingetreten, welches in Art. 782 bestimmte, daß Gegenstand der Seeversicherung sein könne „jedes in Geld schätzbare Interesse, welches jemand daran hat, daß Schiff oder Ladung die Gefahren der Seeschiffahrt

---

[2]) vgl. Entsch. d. RG. Bd. 35 S. 52 u. 55; Seufferts Arch. Bd. 46 Nr. 124 S. 202, Bd. 43 Nr. 56 S. 83/84, Bd. 45 Nr. 269 S. 452 ff.

[3]) vgl. Lewis, Lehrb. d. VersR. § 4 S. 35; Ehrenberg, VersR. Bd. 1 S. 295; Malß in Z. f. HR. Bd. 8 S. 371.

[4]) Manes, Versicherungswesen S. 11.

bestehe", womit die Lehre, daß die Sache den Gegenstand bilde, für die Seeversicherung unmöglich geworden war. Heute steht man für alle Versicherungszweige einmütig auf diesem Standpunkt, der denn auch in das Versicherungvertragsgesetz Eingang gefunden hat. Allerdings vermeidet das Gesetz nicht durchweg den Schein, sondern spricht z. B. in § 69 von einer „versicherten Sache", doch muß man diese Ausdrucksweise gegenüber den klaren Worten der §§ 51, 57—59, 68 u. 87 lediglich als eine Inkorrektheit bezeichnen. Korrekterweise müßte vielmehr von einer Sache gesprochen werden, auf die sich die Versicherung bezieht.

Das Interesse braucht nun durchaus kein rechtliches zu sein, es kann vielmehr ein solches auch durch eine bloß wirtschaftliche oder tatsächliche Beziehung begründet werden. Ja das Interesse braucht sogar nicht einmal ein bereits bestehendes, zweifelloses zu sein, sondern es kann nach der übereinstimmenden Ansicht von Theorie und Praxis sehr wohl auch ein noch zweifelhaftes oder zukünftiges Interesse versichert werden.[1]) Stets jedoch muß das Interesse ein rechtlich erlaubtes sein; ein Versicherungsvertrag über ein unerlaubtes Interesse ist nichtig. Es kann ferner auch nur das Interesse einer bestimmten Person, das sogen. subjektive Interesse, versichert werden; unmöglich dagegen ist nach den Bestimmungen des

[1]) vgl. Josef, Komm. z. VVG. Anm. 2b zu § 51 S. 112; Gerhard, Komm. z. VVG., Zusatz zu § 51 S. 235; Entsch. d. RG. Bd. 13 S. 101/02.

Versicherungsvertragsgesetzes die Versicherung eines nur der Art nach bestimmten objektiven Interesses — also z. B. des Eigentumsinteresses an einer Sache —, welches von der Person des Versicherten völlig losgelöst ist, so daß der jeweilige Interessent stets auch der Versicherte ist.

§ 7.

Hat der Versicherungsvertrag eine dingliche Wirkung?

Um nun etwaige Nachteile, die sich aus dem Grundsatz von der Nichtversicherbarkeit des objektiven Interesses ergeben könnten, zu beseitigen und den Bedürfnissen des Verkehrs entgegenzukommen, läßt das Versicherungsvertragsgesetz nicht nur in den §§ 74 ff. eine Versicherung für fremde Rechnung zu, sondern es bestimmt auch in den §§ 69—73, daß bei einer Veräußerung der versicherten Sache — um diesen nicht ganz richtigen Ausdruck seiner Kürze wegen beizubehalten — der Erwerber an Stelle des Veräußerers in den Versicherungsvertrag eintritt. Genau dieselbe Regelung findet sich auch bereits im allgem. Landrecht, welches in II, 8 § 2163 bestimmt: „Eine Veränderung in der Person des Eigentümers der versicherten Sache ändert nichts in der Versicherung, wenn . . .“, eine Bestimmung, die nach der übereinstimmenden Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts [2]) und des Reichsgerichts nur so zu verstehen ist, daß der Erwerber in den

---

[2]) Entsch. d. ROHG. Bd. 5 S. 1 ff.; Entsch. d. RG. Bd. 5 S. 317 ff.

Vertrag eintritt, nicht etwa so — was nämlich auch geschehen ist —, daß der Versicherungsvertrag in der Person des bisherigen Versicherten fortbesteht, was den Interessen des Verkehrs in keiner Weise entsprechen dürfte.

Über die juristische Konstruktion dieser Regelung, insbesondere auch über die dabei aufgeworfene Frage, ob der Versicherungsvertrag dadurch nicht eine dingliche Wirkung erlangt habe, herrschte und herrscht auch heute noch Streit. Besonders eingehend hat sich mit dieser Frage J. Gierke in seiner Abhandlung „Die Versicherungsforderung bei Veräußerung der versicherten Sache" beschäftigt, auf die daher näher einzugehen sein wird. Obschon Gierke in seiner ebengenannten Schrift nur das vor dem Inkrafttreten des Versicherungsvertragsgesetzes im Reiche und in Preußen geltende Versicherungsrecht behandelt, haben seine Ausführungen auch für das heute geltende Recht Bedeutung, da sich, wie schon erwähnt, im allgem. Landrecht eine dem § 69 VVG. entsprechende Bestimmung findet und Gierke[1]) außerdem auf dem Standpunkt steht, daß man auch für das allgem. Landrecht als Gegenstand der Versicherung das Interesse bezeichnen müsse. Dies ist nun allerdings nicht richtig, denn das allgem. Landrecht steht ganz unzweifelhaft entsprechend der zur Zeit seiner Abfassung herrschenden Lehre auf dem Standpunkt, daß Gegenstand der Versicherung die Sache selbst sei, bemerkt doch Gierke[2]) selbst an einer

[1]) J. Gierke a. a. O. § 19 S. 77.

[2]) Gierke a. a. O. § 16 S. 18.

Stelle, daß der entscheidende Umschwung erst mit der Kodifizierung des Seeversicherungsrechtes im allgem. deutschen Handelsgesetzbuch eingetreten sei.

Doch zurück zu unserer Aufgabe! Einen Beweis dafür, daß der Versicherungsvertrag eine dingliche Wirkung hat, oder mit anderen Worten, daß die Rechte und Pflichten aus dem Versicherungsvertrage in subjektiv-dinglicher Weise mit der versicherten Sache verknüpft sind, scheint zunächst Art. 2 Nr. 3 preuß. AG. zu § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG. zu liefern, in dem die an öffentliche Versicherungsanstalten zu zahlenden Beiträge zu den öffentlichen Lasten gerechnet werden. Jedoch hat das Reichsgericht [3]) in einer Entscheidung eingehend dargelegt, daß diese Bestimmung ganz besonderen Gründen entspringt. Die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten haben sich nämlich entwickelt aus den alten Feuerkassen, die mit Versicherungs*zwang* ausgestattet waren. Dieser Versicherungszwang aber bewirkte es allerdings von selbst, daß die Prämie eine auf der Sache ruhende allgemeine und dingliche Last war. Nun fiel zwar später der Versicherungs*zwang* fort und damit an und für sich auch der Charakter der Prämie als einer gemeinen Last, jedoch lag für den Gesetzgeber kein Grund vor, diesen Gesellschaften ihre bisher innegehabte Vorzugsstellung zu nehmen, da sie durchweg den von selbst erfolgenden Eintritt des Erwerbers der Sache in das Versicherungsverhältnis bei-

---

[3]) Entsch. d. RG. Bd. 23 S. 236 ff.

behielten und ihnen auch außerdem die Einziehung der Beiträge zusammen mit den Steuern verblieb. Somit erklärt sich aus der geschichtlichen Entwicklung dieser Gesellschaften die auffallende Bestimmung des Art. 2 preuß. AG., gleichzeitig ersieht man aber auch daraus, daß diese Bestimmung auf die privaten Versicherungsgesellschaften nicht ausgedehnt werden darf, so daß also ein Beweis für den dinglichen Charakter der Versicherungsprämien aus ihr nicht hergeleitet werden kann.

Einen Fingerzeig zur Lösung dieser Frage kann uns jedoch die über den § 571 Abs. 1 BGB. erschienene Literatur und Rechtsprechung geben. Der § 69 VVG. ist nämlich, worauf in der Begründung[5]) ausdrücklich hingewiesen wird, im Anschluß an den eben erwähnten Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuchs abgefaßt und bringt diese Anlehnung deutlich zum Ausdruck, indem er den Übergang des Versicherungsverhältnisses auf den Erwerber genau mit denselben Worten anordnet wie § 571 Abs. 1 BGB. den Eintritt des Erwerbers einer vermieteten Sache in das Mietsverhältnis. Auch hier ist ein lebhafter Streit über die juristische Konstruktion entbrannt, in dessen Vordergrund zunächst namentlich die Frage stand, ob die Miete durch diese und die in den folgenden Paragraphen gegebenen Bestimmungen nicht geradezu zu einem dinglichen Recht werde. Diese Ansicht vertritt beispielsweise Fuchs[6]) in einem Aufsatz in Gruchots Beiträgen, in-

---

[5]) s. Gerhard, Komm. S. 326.

[6]) Fuchs in Gruchots Beitr. Bd. 47 S. 549 ff. bezw. 566 ff.

dem er meint, besonders auch mit Beziehung auf § 577 BGB., daß der Mieter dieselben Rechte, die er gegen einen dinglich Berechtigten habe, erst recht auch gegen einen bloß obligatorisch Berechtigten haben müsse. Eine derartig ausdehnende Interpretation dieser Paragraphen läßt sich jedoch durch nichts rechtfertigen, vielmehr spricht nicht nur der systematische Aufbau des Gesetzbuches, sondern vor allen Dingen auch der klare und unzweifelhafte Wortlaut des Gesetzes dagegen. Mit Recht geht daher die heute überwiegend in der Literatur [7]) vertretene Ansicht dahin, daß trotz der Bestimmungen der §§ 571 ff. die Natur der Miete als eines rein obligatorischen Verhältnisses nicht verändert wird. Dieselbe Ansicht ist übrigens auch zu wiederholten Malen vom Reichsgericht [8]) ausgesprochen worden, so daß die Frage nach der rechtlichen Natur der Miete nach dem heutigen Stande der Wissenschaft kaum noch als eine strittige bezeichnet werden kann.

Was hier von der Miete gesagt ist, kann ohne Bedenken auch auf den Versicherungsvertrag übertragen werden. Auch er erlangt durch die Bestimmung des § 69 keine subjektiv dingliche Wirkung, sondern er bleibt nach

---

[7]) vgl. Eccius in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 542 ff.; Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrb. Bd. 1, 2 § 355 S. 355; Fischer-Henle, Komm. Anm. 3 zu § 571 S. 342; Neumann, Handausgabe des BGB. Bd. 1 S. 441/42.

[8]) vgl. Entsch. d. RG. Bd. 54 S. 235 ff., Bd. 59 S. 327, Bd. 70 S. 72.

wie vor ein obligatorischer Vertrag.[9]) Wäre nämlich die Versicherungsforderung wirklich ein subjektiv dingliches Recht hinsichtlich der versicherten Sache, so müßte sie beim Eintritt des Totalverlustes mit der Sache, mit welcher sie in subjektiv dinglicher Weise verknüpft ist, zusammen untergehen. Dies ist jedoch nicht der Fall, vielmehr überdauert sie den Untergang der Sache und wird gerade durch den Untergang derselben vollwirksam, indem sich die bis dahin bedingte Forderung nunmehr in eine unbedingte verwandelt.

Wenn somit die subjektiv dingliche Natur der Versicherungsforderung abzulehnen ist, so fragt es sich, wie denn nun dieser Übergang der Versicherung zu erklären sei. J. Gierke[10]) sucht diese auffallende Erscheinung in folgender Weise zu erklären: Er bezeichnet die Versicherungsforderung als eine „verdinglichte" Forderung, deren Begriff er aus dem alten deutschen Recht herleiten will. Unter einer solchen verdinglichten Forderung nun versteht Gierke eine Forderung, die „des rein persönlichen Charakters entkleidet und mehr oder minder mit einer Sache verknüpft ist". Diese „Verdinglichung" nun soll nach Gierke eine mehr oder minder starke sein können. Sie soll sich, wie z. B. bei der Reallast, bis zum rein subjektiv dinglichen Recht steigern können, sie soll andererseits, wie z. B. in Art. 904 a. HGB., eine so geringe sein können, daß

[9]) vgl. auch Gerhard a. a. O. Anm. I, 1 zu §§ 69—73 S. 328; Burchard in L. Z. S. 331.

[10]) Gierke a. a. O. S. 79/80.

sich die Forderung von einer rein persönlichen fast gar nicht, nämlich nur durch eine „innere“ [11]) Wirkung unterscheidet. Diese innere Wirkung aber besteht nach Gierke im Falle des Art. 904 a. HGB. darin, daß die Versicherungsforderung bei der Veräußerung nicht wegen Wegfalls des subjektiven Interesses erlischt, sondern an den Erwerber abgetreten werden kann. Im ALR. II, 8 § 2163 sei die Verdinglichung sogar so stark, daß die Versicherungsforderung geradezu zur Pertinenz der versicherten Sache werde. In allen diesen Fällen nun, in denen die Versicherungsforderung bei Veräußerung der versicherten Sache nicht untergeht, sondern entweder abgetreten werden kann oder ipso iure auf den Erwerber übergeht, verwandelt sich nach Gierke[12]) das zum Abschluß der Versicherung erforderliche subjektive Interesse vermöge der internen Wirkung der Verdinglichung in ein objektives, so daß aus diesem Grunde die Versicherungsforderung bestehen bleibe und nicht wegen Wegfalls des subjektiven Interesses erlösche. Dieser Gedanke, daß das zum Abschluß eines Versicherungsvertrages erforderliche subjektive Interesse sich in ein objektives verwandeln könne und auch verwandle, wird übrigens auch schon vor Gierke von Ehrenberg[13]) vertreten. Erwähnen möchte ich hier noch, daß Gierke[14]) in konsequenter Durchführung seiner Lehre auch die Miete des Bürgerlichen Gesetzbuchs

[11]) J. Gierke a. a. O. § 20 VII S. 84.

[12]) J. Gierke a. a. O. S. 76.

[13]) Ehrenberg, VersR. S. 393.

[14]) J. Gierke a. a. O. S. 11.

auf Grund der Bestimmungen der §§ 571 ff. als eine verdinglichte Obligation bezeichnet. Ist nun mit dieser Lehre Gierkes wirklich etwas gewonnen? Gibt sie eine befriedigende Erklärung für den Übergang der Versicherung auf den Erwerber? Diese Frage ist meines Erachtens unbedingt mit nein zu beantworten! Gierke stellt in seiner Schrift einen völlig neuen Begriff auf, der ein Mittelding zwischen den rein persönlichen und den dinglichen Rechten bildet, wobei jedoch, wie oben erwähnt, die Verdinglichung sich bis zur völligen Dinglichkeit soll steigern können. Dieser Begriff der verdinglichten Forderung ist also ein überaus flüssiger, überhaupt nicht fest zu umrahmender, der den so überaus scharfen Gegensatz zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten völlig zu verwischen droht. Sagt doch Gierke[15]) selbst an einer Stelle: „Wir glauben, daß das Richtige nur gefunden werden kann, wenn man die scharfe Scheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten wenn auch keineswegs im Prinzip, so doch bezüglich ihrer Unnahbarkeit aufgeben muß". Gerade in dieser „Unnahbarkeit" beruht doch aber der Unterschied zwischen den dinglichen und obligatorischen Rechten! Dieser scharfe Unterschied zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten ist auch bis jetzt noch von jeder Rechtsordnung anerkannt worden, und es läßt sich ein derartiges Übergehen der Begriffe ineinander daher nicht rechtfertigen.

---

[15]) J. Gierke a. a. O. S. 12.

Auch noch gegen einen zweiten Punkt der Lehre Gierkes habe ich schwere Bedenken, nämlich dagegen, daß das zum Abschluß des Versicherungsvertrages erforderliche subjektive Interesse sich nachher in ein objektives verwandeln soll. Hierin liegt eine derartige Inkonsequenz, daß man m. E. notwendig zu einer Ablehnung der Ansicht Gierkes kommen muß. Entweder man hält an dem Erfordernis des subjektiven Interesses fest, oder aber man betrachtet als Gegenstand der Versicherung das objektive Interesse, aber man darf diese beiden Begriffe nicht derartig miteinander vermengen, daß dasselbe Interesse an einer Sache bald für ein subjektives, bald für ein objektives erklärt wird. Auf dem Standpunkt, daß Gegenstand der Versicherung nur das subjektive Interesse sei, stand aber nicht nur das allgem. deutsche Handelsgesetzbuch, sondern steht unzweifelhaft auch das Versicherungsvertragsgesetz.

Nun ist es ja allerdings richtig, daß bei einer Veräußerung das subjektive Interesse wegfällt, so daß an und für sich das Versicherungsverhältnis erlöschen müßte. Wenn sich nun jedoch das Gesetz hierin auf einen anderen Standpunkt stellt und das gesamte Versicherungsverhältnis ipso iure auf den Erwerber übergehen läßt, so trifft es damit unter Loslösung von der Doktrin eine Regelung, die einzig und allein dem praktischen Bedürfnis entgegenkommt und im bisherigen Recht nicht begründet ist. Denn auch die Bestimmung des allgem. Landrechts kann nicht als Grundlage der im § 69 VVG getroffenen Rege-

lung bezeichnet werden, da das allgem. Landrecht, wie schon oben erwähnt ist, die Sache selbst als Gegenstand der Versicherung betrachtet. Bei einer derartigen Auffassung aber war der Übergang der Versicherung im Falle der Veräußerung das Natürliche, da ja der Gegenstand der Versicherung durch die Veräußerung nicht wegfiel. Das Versicherungsvertragsgesetz hat daher mit der von ihm getroffenen Regelung, der nur in der Bestimmung des § 571 Abs. 1 BGB. etwas Gleichartiges zur Seite steht, völlig neue Bahnen beschritten. Einer konstruktiven Anlehnung an bekannte Rechtsgebilde bedarf, wie Burchard[16]) m. E. mit Recht betont, die im § 69 VVG. getroffene Bestimmung ebensowenig, wie man auch immer mehr davon abkommt, die Vorschrift des § 571 BGB. auf bekannte Rechtserscheinungen zurückzuführen, sondern sich damit begnügt,[17]) hierin eine im Interesse des praktischen Lebens getroffene Ausnahmebestimmung zu sehen, auf Grund deren in der Person des Erwerbers kraft Gesetzes die Rechte und Pflichten aus dem Mietsvertrage selbständig entstehen. Genau dasselbe ist auch bei der Veräußerung der versicherten Sache der Fall. Auch hier tritt keine Rechtsnachfolge ein, sondern die Rechte und Pflichten aus dem Versicherungsvertrage entstehen kraft Gesetzes in der Person des Erwerbers.

---

16) Burchard a. a. O. S. 334.

17) vgl. Enneccerus-Kipp-Wolff Bd. 1, 2 S. 355 Anm. 2; Planck a. a. O. Anm. 5 zu § 571.

§ 9.

Der Begriff der „Veräußerung“ im Sinne des § 69 VVG.

Es ist nunmehr zum Schluß noch auf den Begriff der „Veräußerung“ im Sinne des § 69 VVG einzugehen.

Unter Veräußerung ist nach dem Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuchs [1]) nur die Übertragung des Eigentums an einer Sache durch Rechtsgeschäft im Gegensatz zur Belastung der Sache mit dinglichen Rechten zu verstehen. Nun gibt es aber, worauf ich schon oben hingewiesen habe, strenggenommen im Sinne des Gesetzes eine versicherte Sache überhaupt nicht, sondern nur eine Sache, auf die sich die Versicherung bezieht, und ein versichertes Interesse. Es ist daher durchaus Gerhard [2]) darin beizustimmen, wenn er sagt: „Von einer versicherungsrechtlich zu beachtenden Veräußerung im Sinne der §§ 69 ff. kann danach erst dann die Rede sein, wenn das versicherte Interesse des Veräußerers erloschen ist. Solange das versicherte Interesse dem ursprünglichen Versicherungsnehmer zusteht, also der Versicherungsvertrag noch in seiner Person wirksam geblieben ist, kommt die Anwendung der §§ 69 ff. überhaupt nicht in Betracht. Es bleibt daher jede Versicherung ohne Rücksicht auf die §§ 69 ff. in ihrer ursprüng-

---

[1]) vgl. Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 1 § 112 S. 342 ff.; Planck, Komm. Bd. 1 Vorbem. IX zu §§ 104 ff. S. 148.

[2]) Gerhard a. a. O. Anm. 2, 1 zu §§ 69—73 S. 330.

lichen Gestalt, d. h. in der Person des ursprünglichen Versicherungsnehmers, aufrechterhalten gegenüber einem Vorgange, durch den das versicherte Interesse in seinem versicherungsrechtlichen Bestande nicht berührt wird".

Nun will jedoch Gerhard die §§ 69 ff. auch dann anwenden, „wenn eine Veräußerung im streng rechtlichen Sinne nicht vorliegt, sondern nur eine Belastung der Sache mit einem dem Eigentum wirtschaftlich gleichwertigen Recht", also z. B. mit einem Nießbrauchsrecht. Zur Rechtfertigung dieser seiner Ansicht beruft sich Gerhard besonders auch auf die Bestimmung des § 151 Abs. 2 VVG., wo die Übernahme eines Erwerbsgeschäftes auf Grund eines Nießbrauchs, Pachtvertrages oder ähnlichen Verhältnisses der Übertragung des Eigentums gleichgestellt wird.

Demgegenüber vertritt Josef[3]) die Ansicht, daß die §§ 69 ff. nur in folgenden Fällen zur Anwendung gelangen können: einmal bei Übergang des Eigentums, sodann aber auch in allen anderen Fällen, in denen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden eine Änderung des Rechtssubjekts eintritt. Als Beispiele führt Josef[4]) unter anderem an: das Ausscheiden eines Gemeinschafters aus der Gemeinschaft, die Fusion und die Verstaatlichung von Aktiengesellschaften, bäuerliche Gutsüberlassung mit Altenteil, Erwerb durch Vermächtnis, nicht aber Erbfolge, weil

---

[3]) Josef, Komm. z. VVG. Anm. 3 zu § 69 S. 154.

[4]) Josef in L. Z. 1911 S. 371 ff.

in diesem Falle keine Übertragung unter Lebenden vorliegt. Josef zählt also im Gegensatz zu Gerhard die Belastung mit einem eigentumsähnlichen Recht nicht zur Veräußerung im Sinne der §§ 69 ff. Ebenso vertreten auch Zehnter und Burchard[5]) die von Josef geäußerte Ansicht. Insbesondere entkräftet Burchard das von Gerhard für seine Ansicht angeführte Argument, daß nämlich § 151 II Abs. 2 VVG. selbst auf eine derartig erweiternde Interpretation des Begriffes Veräußerung hinweise. Mit Recht weist demgegenüber Burchard darauf hin, daß aus der Bestimmung dieses Paragraphen ein derartiger Schluß deshalb nicht gezogen werden könne, weil bei der Versicherung für die Haftpflicht aus einem geschäftlichen Betriebe das Interesse des bisherigen Versicherten nicht nur bei wirklicher Veräußerung des Geschäftsbetriebes, sondern auch bei Übertragung desselben auf Grund der Bestellung eines Nießbrauchs, des Abschlusses eines Pachtvertrages usw. erlischt, da für ihn der Fall einer Haftung auch schon in den letzteren Fällen nicht mehr eintreten kann. Es handelt sich demnach hierbei um eine lediglich in der Besonderheit der Haftpflichtversicherung begründete Bestimmung, die infolgedessen auf andere Versicherungszweige nicht ohne weiteres ausgedehnt werden darf.

Der von Gerhard hinsichtlich dieses Punktes ge-

---

[5]) Zehnter, Komm. z. VVG. Anm. 2 zu § 69 S. 101; Burchard in L. Z. 1911 S. 340 ff.

äußerten Ansicht kann mithin nicht beigestimmt werden. Wohl aber wird man mit **Gerhard** und **Burchard**[6]) annehmen müssen, daß die §§ 69 ff. auch dann entsprechende Anwendung finden müssen, wenn vom Eigentumsinteresse ein anderes Interesse abgezweigt ist, also z. B. ein Pächter- oder Nießbraucherinteresse, und dieses beschränkte Interesse — soweit dies überhaupt möglich ist — auf eine andere Person durch Rechtsgeschäft übertragen wird.

Es fragt sich jedoch noch, ob die §§ 69 ff. auch dann zur Anwendung zu kommen haben, wenn, wie bei dem den Gegenstand dieser Erörterung bildenden Problem, die versicherte Sache verkauft und dem Käufer zwar noch nicht das Eigentum, wohl aber bereits der Besitz übertragen ist, so daß er gemäß BGB. § 446 nunmehr die Gefahr des zufälligen Unterganges trägt. Sollte damit nicht auch bereits das Interesse an der Erhaltung der Sache auf ihn übergegangen sein? Dem ist jedoch nicht so. Ist nämlich das Eigentümerinteresse versichert, so kann man von einem Übergang desselben auch erst dann sprechen, wenn tatsächlich das Eigentumsrecht auf den Erwerber übergegangen ist. Die Einräumung des bloßen Besitzes kann dem ebensowenig gleichgeachtet werden wie die Belastung mit einem dinglichen Recht. Daß der Eigentümer auch nach dem Gefahrübergang auf den

---

[6]) **Gerhard** a. a. O. Anm. 2, 2 zu §§ 69—73 S. 331; **Burchard** a. a. O. S. 341.

Käufer tatsächlich noch ein Interesse an der Erhaltung der Sache hat, zeigt sich sofort in dem Falle, in dem der Verkäufer nach der Besitzeinräumung durch culpa levis den Untergang der verkauften Sache verschuldet. Gemäß BGB. § 433 Abs. 1 ist ja der Verkäufer einer Sache verpflichtet, nicht nur den Besitz, sondern auch das Eigentum an dieser Sache auf den Käufer zu übertragen, und haftet für diese beiden Verpflichtungen nach den allgemeinen Grundsätzen für Vorsatz und jede Fahrlässigkeit. Wird dem Verkäufer also nach der Besitzeinräumung die Verschaffung des Eigentums durch eigene culpa levis unmöglich, so macht er sich dadurch schadensersatzpflichtig. Dagegen wird der Versicherer gemäß VVG. § 61 von seiner Ersatzpflicht nur frei, wenn der Versicherungsnehmer den Versicherungsfall durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit herbeiführt. Wir sehen also, daß der Verkäufer, falls er nur leicht fahrlässig gehandelt hat, durch die Versicherung gedeckt ist und infolgedessen auch noch nach der Besitzeinräumung ein sehr lebhaftes Interesse am Fortbestande der Versicherung hat. Die scheinbar ungerechte Konsequenz aber, daß im Falle des zufälligen Unterganges der versicherten Sache der Verkäufer nicht nur einen Anspruch auf die Versicherungssumme, sondern auch auf den Kaufpreis hat, findet ihre befriedigende Lösung durch den § 281 BGB. Hiernach kann der Käufer die Abtretung des Ersatzanspruchs oder die Herausgabe der etwa schon gezahlten Versicherungssumme verlangen. Denn daß die Versicherungssumme ein

Äquivalent ist, das an die Stelle des ursprünglich geschuldeten Gegenstandes tritt, dürfte nicht weiter zweifelhaft sein.[7])

[7]) vgl. Fischer-Henle Handausg. Anm. 4 zu § 281; Komm. v. RGRäten Anm. 1 zu § 281.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

Lebenslauf.

Am 11. Januar 1890 wurde ich, Walter Lorenz, zu Heydekrug (Ostpreußen) geboren als Sohn des jetzigen Veterinärrats Lorenz an der Königl. Regierung in Marienwerder. Ich bin evangelischer Religion und preußischer Staatsangehöriger.

Ich besuchte zunächst das Progymnasium zu Kempen (Posen), sodann das König-Wilhelms-Gymnasium in Stettin und schließlich das Gymnasium zu Lyck (Ostpreußen), wo ich Ostern 1908 das Zeugnis der Reife erhielt.

Darauf studierte ich sieben Semester Jura, und zwar zwei Semester in Freiburg (Baden), ein Semester in München und vier Semester in Breslau, wo ich am 7. Dezember 1911 die erste juristische Staatsprüfung bestand und am 12. Januar 1912 das Rigorosum machte.

Zurzeit befinde ich mich in Mewe (Weichsel), wo ich dem Königl. Amtsgericht zur Beschäftigung überwiesen bin.